

UNIVERSIDAD DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Estudio crítico de la adopción en el derecho español en
relación con las legislaciones extranjeras**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Francisco Castro Lucini

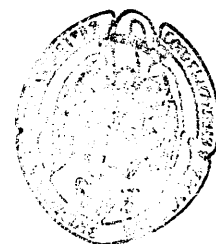
Madrid, 2015

Rd. J4 321

TE 133

Nº 1334

**ESTUDIO CRITICO
DE LA ADOPCION**



BIBLIOTECA
DE DERECHO

**EN EL
DERECHO ESPAÑOL
EN RELACION CON LAS
LEGISLACIONES EXTRANJERAS**

**TESIS DOCTORAL
PRESENTADA POR
D. FRANCISCO CASTRO LUCINI
EN LA
FACULTAD DE DERECHO DE MADRID
DURANTE EL
CURSO ACADÉMICO 1.938-39**

INTRODUCCION

La ley de 24 de abril de 1.938, publicada en el B. O. n.º 99 del 25 de dicho mes y año, ha modificado diversos artículos del Código civil, entre ellos los correspondientes a la adopción, esto es, los artículos 173 al 180, correspondientes al capítulo V del título VII del libro I, más el artículo 172 que, aunque perteneciente al capítulo IV, había quedado desprovisto de contenido por la modificación operada, en virtud de la misma ley, en el a. 168. La reforma ha sido profunda, como lo demandaban los tiempos actuales (1) y se refleja en la sistematización del Código, cuya primitiva redacción consagraba a la materia solamente un capítulo, sin más divisiones, mientras que la amplitud de la reforma ha hecho necesario que dicho capítulo se divida en tres secciones, dedicada la primera a las disposiciones generales y comprensiva de los artículos 173 al 177, ambos inclusive (2), la segunda relativa a la adopción plena, integrada por los artículos 178 y 179 y la tercera, que solo contiene el artículo 180 referente a la adopción menos plena (3).

Era evidente la necesidad de la reforma y hasta podemos afirmar que se ha hecho esperar demasiado tiempo, como se comprueba con la siguiente estadística de las adopciones llevadas a cabo entre los acogidos del Colegio de la Paz (Inclusa) de Madrid, hasta el 22 de octubre de 1.938 y que, debidamente ampliada a toda España (4) nos indicaría que la frecuencia de adopciones

demandaba ya una regulación legal más completa, dotada de ciertas garantías(5).

1.- Adopciones aprobadas con anterioridad a la ley de 17 de octubre de 1.941:

Año 1.932	1
Año 1.940	1
Año 1.941	3
<hr/>	
TOTAL	5

2.- Adopciones aprobadas con arreglo a la ley de 17 de octubre de 1.941:

Año 1.942	3
Año 1.943	5
Año 1.944	3
Año 1.945	8
Año 1.946	10
Año 1.947	8
Año 1.948	9
Año 1.949	12
Año 1.950	24
Año 1.951	24
Año 1.952	21
Año 1.953	30
Año 1.954	49
Año 1.955	89
Año 1.956	85
Año 1.957	95
Año 1.958	110
<hr/>	
TOTAL	585

3.- En trámite:

A) Pendientes de la aprobación por el Juzgado o de la firma de la escritura 42

B) Pendientes de completar documentación o
vencimiento del plazo del Edicto 74

TOTAL 116

Por otra parte, muchos países habían dado ejemplo con las sucesivas reformas de sus legislaciones referentes a esta materia. En Francia, por solo citar un ejemplo, se han registrado, entre otras, las siguientes importantes modificaciones, a partir del texto de 1.804, redactado por Decreto de 2 del germinal del año XI (23 de marzo de 1.803) y promulgado el 12 de germinal de dicho año (24 de abril de 1.803): L. de 17 de mayo de 1.900, modificando los aa. 353 y 354; L. de 13 de febrero de 1.909, modificando el a. 347; L. de 19 de junio de 1.923, que facilita la práctica de la adopción reformando toda la legislación anterior; L. de 19 de julio de 1.927 que modifica el nuevo a. 352; D.-L. de 29 de julio de 1.939, llamado Código de la familia, que ^{re}nueva todo el título VIII del libro I, reforzando los efectos de la adopción y creando la nueva institución de la legitimación adoptiva; L. de 8 de agosto de 1.941 sobre la asimilación del adoptado, en ciertos casos, al hijo legítimo; L. de 23 de abril de 1.949, que inserta una nueva disposición en el a. 350, relativa a los apellidos del adoptado y L. de 17 de abril de 1.957 modificando los aa. 344 y 368 del Código, a fin de permitir la adopción y la legitimación adoptiva de los recogidos antes del nacimiento de uno o varios hijos legítimos. En suma, dos radicales modificaciones, en 1.923 y en 1.939, y media docena de modificaciones parciales, mas también trascendentes. Un panorama similar presentan la mayoría de las legislaciones salvo, naturalmente, aquellas que han regulado más recientemente la adopción, sin conocerla antes (6).

Circunscrito el objeto de nuestro estudio a la adopción en el Derecho moderno y a la reciente reforma de nuestra legislación, prescindiremos de la evolución histórica; tan solo hary

nos aquellas indicaciones necesarias para tomar conciencia de la nueva concepción de la institución, que puede decirse está en oposición con la tesis contractual tradicional. Una vez deslindadas las diversas ideas sobre el particular y tras hacer una síntesis de los principios informadores de la reforma patria, pasaremos a estudiar los criterios sociales imperantes y los fines, juntamente con los riesgos que en la consecución de tales fines suelen presentarse. Antes de entrar en el examen de los requisitos de la adopción (entre los que distinguiremos, para mayor claridad, los de fondo de los de forma) nos detendremos en las distintas clases de adopción conocidas en la época moderna. Los efectos de la adopción constituyen, por así decirlo, el núcleo de nuestro estudio, que concluye con los modos de extinción, dentro de los cuales, por su importancia, nos ocupamos atentamente de la revocación y la impugnación. Finalmente, estableceremos las conclusiones a que hemos llegado en el presente trabajo, para el que solicitamos una benévola acogida.

PRIMERA PARTE

- GENERALIDADES -

CAPITULO I

SUMARIO.- Definición y crítica de la adopción.- 1. Etimología.- 2. Concepto vulgar.- 3. Concepto jurídico.- 4. Evolución histórica: A) Derechos antiguos; B) Derecho intermedio; C) Derecho moderno.- 5. Evolución doctrinal: A) La adopción como contrato. B) Tesis no contractualistas: a) La adopción como acto jurídico distinto del contrato; b) La adopción como acto-procedimiento; c) La adopción como institución.- 6. Legislación española: A) Principios y caracteres de la reforma. B) Principales diferencias con la legislación anterior.- 7. Ventajas e inconvenientes: crítica de la institución.

La palabra francesa adoption, la italiana adozione, la portuguesa adopção, la inglesa adoption y la española adopción, tienen la misma etimología (7), derivándose del latín ad (a, para) y optio (elección), de donde viene a significar acción de elegir, de escoger (8). En su acepción corriente o vulgar puede definirse como el acto por el que se recibe legalmente por hijo al que no lo es por naturaleza, o como la elección de una persona para que ocupe el lugar que correspondería al hijo por la sangre". Aparece ya aquí el esbozo de una idea que fué expresada por Justiniano en sus Instituciones (9) y que se ha venido repitiendo con posterioridad, la de que la adopción imita a la naturaleza

("adoptio imitatur naturae, adoptio est aemula naturae, seu naturae imago"); y esta idea ha adquirido tanta fuerza que muchos de los requisitos y prohibiciones legales se explican, como vemos, por el deseo de aproximar la llamada por algunos "ficción legal" a la realidad de la vida.

Cuando se pretende establecer el concepto jurídico de esta institución surgen las dificultades, porque las definiciones de los autores, que vienen a coincidir en lo accidental, discrepan en lo esencial, cual es la determinación de su naturaleza jurídica. En efecto, al tratar de precisarla observamos como este término, que en principio es siempre el mismo, parece cambiar de sentido con arreglo a las concepciones dominantes en cada época y en cada legislación particulares. Diríase que pesa sobre los juristas, cual un terrible anatema, la imposibilidad de lograr un acuerdo, una misma solución, en las materias que someten a su examen. Ello puede obedecer quizá a que las ideas de otras épocas no ceden sin lucha ante las nuevas y las legislaciones y doctrinas siguen pesando sobre generaciones posteriores a las de sus autores. La ayuda que nos proporciona "lo ya construido" se paga con la servidumbre que impone. También es cierto que la evolución legislativa suele ir a remolque de la ideológica y doctrinal. Como ambas se influyen recíprocamente, conviene examinar, aún someramente, la evolución histórica de la adopción.

A través de los tiempos la adopción ha recorrido tres grandes etapas: la primera, correspondiente a los derechos antiguos, caracterizada por el formalismo y la consideración casi-pública de la institución; una intermedia en la que pierde el favor de que anteriormente gozaba y, por contra, se regula como acto meramente privado, carente de antiguas formalidades; y un período final en que vuelve a gozar del favor del legislador, quien la somete a rigurosas condiciones de fondo y de forma, acentuándose el control estatal.

Los orígenes de la institución parecen ser antiquísimos, como corresponde a su finalidad esencialmente religiosa, que acrecentó su importancia. El viejo legislador de los indios dice: "Al que la naturaleza no ha concedido hijos, puede adoptar uno para que no cesen las ceremonias fúnebres" (10). Aparece ya regulada en el Código de Hammurabi (2.283-2.241 a J. C.), practicada con frecuencia por los egipcios (caso célebre es la adopción de Moisés por la hija del Faraón) y por los hebreos (adopciones de Esther por Mardoqueo y de Efraim y Manasés por Jacob (11), pero es lo en el Derecho romano alcanzó su más amplia y completa regulación. Sabida es la distinción romana entre la "adoptio" y la "arrrogatio", y las diferentes clases de ambas (adoptio per populum, per rescriptum principis, adoptio testamentaria) hasta desembocar en la "adoptio per scripturam" y en la "adoptio in hereditatem" (affiliatio o affratio (12). Ha preocupado a los autores el problema de determinar si en el Derecho romano se encontraba prohibido, lo mismo que en la legislación india y en la ateniense (13), adoptar al que ya tenía hijos legítimos. En tiempo de Gayo parece que podía adoptar el que tuviese hijos legítimos, mas en el de Cicerón la cuestión aparece dudosa, pues en uno de sus discursos se expresa en estos términos: "¿Qual es el Derecho que regula la adopción? ¿No es preciso que el adoptante se encuentre en edad de no tener hijos y que antes de adoptar haya procurado tenerlos? Adoptar es pedir a la religión y a la ley lo que no se ha obtenido de la naturaleza (14).

En la Edad Media decayó la práctica de la institución (15). Sin embargo, la recogen nuestro Fuero Real (lib. 4^a, tit. XXII, ley 2^a) y las Partidas (Part. 4^a, tit. XVI), definiéndola: "Adoptio en latín tanto quiere decir en romance como porfijamiento. E este porfijamiento es una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes ser fijos de otros, maguer non lo sean naturalmente", añadiendo que "el porfijamiento es una manera de parentesco" (Part. 4^a, tit. XVI, ley 1^a). En su regulación se ing

piran en los principios romanos, a diferencia de la adopción aragonesa, cuyos originalísimos caracteres demuestran que no es un trasunto o copia de la romana: "Todo hombre de cualquiera condición que sea y aunque tenga hijos legítimos, puede entre ellos constituir hijo adoptivo (Fuero de D. Jaime I, único De adoptio-nibus, lib. VIII y Observancia XXVII, De generalibus privilegiis, lib. VI) (16). No obstante la amplitud del Fuero son pocos los adoptantes (17).

Es preciso llegar a la Revolución Francesa para encontrar de nuevo el favor de la institución. En la sesión de 18 de enero de 1.792 la Asamblea Nacional decretó que "el Comité de legislación ara invitado a comprender las leyes relativas a la adopción en su plan general de leyes civiles" (18). Esta especie de resurrección de la institución y su consagración en el Código civil de 1.804, cuando ya se había perdido gran parte del primitivo entusiasmo, se explica por los autores de muy diversas maneras: ora acudiendo a la influencia de la cultura clásica (19) unida a la de las ideas rousseauianas de la época (20), o al sentimentalismo en boga, ora a estimarse como un medio para realizar los ideales revolucionarios de igualdad y fraternidad, asegurando al mismo tiempo una más equitativa distribución de las riquezas, con lo que se cumplía la parte económica del programa (21), hasta el extremo de que hubo quien, llevado del entusiasmo del momento, llegó a propugnar su establecimiento como un deber sagrado indispensable para todo ciudadano que careciese de hijos (22) y, declarando que "el célibe es asesino de la prosperidad", obligar a aquellos cuya edad oscilase entre los 35 y los 55 años a adoptar a un niño de tres años, designado por el respectivo municipio entre los huérfanos más pobres de la localidad, bajo pena de privación de la ciudadanía (23). Así fué considerada la adopción como un medio de cumplir un deber cívico, idea a la que responde el a. 4º de la Constitución de 24 de junio de 1.793 al conceder los derechos de ciudadanía a todo extranjero que adopta a un niño francés (24).

La adopción invade la esfera del Derecho público y entre sus manifestaciones más célebres se encuentra la llevada a cabo por la Asamblea Nacional, mediante Decreto de 23 de enero de 1.793, en la hija del representante del pueblo Lepelletier de Saint Fargem, asesinado por haber votado la muerte del rey Luis XVI, hecho que puede afirmarse constituye el primer precedente de la institución de los "pupilos de la Nación", cuyo número se ha incrementado a consecuencia de las sucesivas guerras (25). A pesar de esta favorable acogida no se encuentra ningún texto que reglamente la adopción (26) hasta el primer proyecto de Cambacérès que le dedicaba un título, mientras que el segundo proyecto solo contenía seis artículos referentes a la misma dentro del título "De la paternité et de la filiation"; esto se explica por la resistencia de los legisladores franceses encargados de la Codificación, que no la ve con buenos ojos (27), y casi parece destinada a sufrir un nuevo olvido cuando aparece la figura del Primer Cónsul, quien mantuvo primeramente la tesis de que "l'adoption doit être une imitation parfaite de la nature; elle doit faire sortir complètement l'adopté de sa famille naturelle pour le rattacher exclusivement et irrévocablement à celle de son père adoptif. Dès lors l'adoption doit être, en quelque sorte, un sacrement conféré par les autorités les plus hautes " (28). Napoleón quería utilizar la adopción, se ha dicho, para sus fines personales, pues, en ausencia de herederos, tenía intención de adoptar al hijo de Josefina, Eugène de Beauharnais, o al hijo de la Reina Hortensia. No obstante, después de las sesiones del Consejo de Estado de 16 de frimario del año X y 4 de nivoso del mismo año, varió el criterio de Napoleón, quien cedió ante el parecer de sus legistas, y así pudo declarar Berlier en la Exposición de Motivos presentada al Cuerpo legislativo el 21 de ventoso del año XI, que "les auteurs du projet n'avaient pas pris en considération les lois romaines, lesquelles ne pouvaient convenir à nos mœurs, mais qu'ils avaient trouvé le vrai point de départ dans le Code prussien"(29). Mas la pri-

nitiva regulación del Código civil francés no proporcionó a la institución sino una vida efímera, siendo preciso llegar hasta la época contemporánea para que la práctica aumentase considerablemente.

En nuestra Patria es sabido el raquitismo de la anterior regulación legal, lo que no deja de parecer lógico si se piensa que la introducción de la adopción en el Código se hizo un poco de matute y a manera de concesión particular, porque un vocal de la Comisión, natural de Andalucía, manifestó que en su tierra se daban algunos, aunque no muy frecuentes, casos de ella (30).

En la evolución doctrinal de la institución pueden señalarse las siguientes tendencias que jalonan cronológicamente el desarrollo moderno de la adopción: a) la adopción como contrato; b) la adopción como acto jurídico distinto del contrato; c) la adopción como acto procedimiento; d) la adopción como institución.

Concepción contractual de la adopción.— Es la que predomina entre los autores de fines del pasado siglo y comienzo del actual y a la que responden también los Códigos decimonónicos, siquiera muchos no la definan expresamente. La justificación de esta tesis puede resumirse en las siguientes palabras de Lucine Saevola: "Que es la adopción? Basta leer el a. 178 del Código, donde se habla del consentimiento del adoptado o del de las personas que suplen su ⁱⁿ capacidad legal, para convenirse de que es un contrato. En efecto: hallamos la causa, la voluntad manifiesta, en el consentimiento, y lo que pudiéramos llamar contenido, o sea las recíprocas obligaciones y derechos de adoptante y adoptado. Concurran pues, los tres requisitos esenciales de todo contrato, según el a. 1.261 del nuevo Código. Consentimiento, objeto cierto y causa, o sea el sentimiento de liberalidad del bienhechor, para usar de las mismas palabras que emplea el Código civil" (31). Apeyándose en este razonamiento o siguiendo otros semejantes, no es de extrañar encontrarse con las siguientes definiciones de la adopción

más o menos concisas o descriptivas según los gustos de cada cual: "Contrato irrevocable, revestido de formas solemnes, por el que, mediante la aprobación judicial, toma una persona adornada de las condiciones necesarias bajo su protección a un extraño que, sin salir de su familia natural y conservando todos sus derechos, adquiere el de ser alimentado por el adoptante, usar su apellido y heredar por testamento sin perjuicio de herederos forzosos, si los hubiere" (Mucius Scaevola) (32); "L'adoption est un contrat solennel, soumis à l'approbation de la justice, qui crée entre deux personnes des relations analogues à celles qui résulteraient de la filiation légitime" (Planiol(33); "La adopción es un contrato que crea entre dos personas relaciones puramente civiles de paternidad o maternidad y de filiación" (Jossérand (34); "L'adoption est un contrat synallagmatique et solennel, qui crée entre deux personnes des liens fictifs de filiation (M. Vismard (35); Puig Poma, no obstante definirla como institución, afirma que su base es contractual (36). El Código alemán contempla su aspecto contractual al decir en su parágrafo 1.741: "Quien no tiene ningún descendiente legítimo puede por contrato con otra persona, adoptar a esta. El contrato necesita la confirmación por el Tribunal competente" y el 1.768 admite la revocación contractual. Pero adviértese que la idea contractual no es la dominante, pues se requiere la confirmación judicial, la cual subsana la inobservancia de alguna formalidad (1.756) y si se niega definitivamente el contrato pierde su vigencia (1.754).

Para refutar la tesis contractual existen, a nuestro juicio, argumentos más que suficientes. En primer lugar, la existencia de los elementos del contrato nada prueba. Hay muchos actos jurídicos que no son contratos y reúnen, sin embargo, los requisitos que señala el a. 1.261, el cual precisa los esenciales de todo contrato, pero no afirma que sea tal todo acto o negocio jurídico que los reúna. Por otra parte, la noción de contrato aplicada a la adop-

ción choca con el carácter irrevocable de esta, ya que no se trata de que las partes en uso del libre juego de sus voluntades hayan excluido la revocación, sino que la irrevocabilidad es un carácter "ad nutum" de la institución, más aún que la gratuidad en el mandato, y con el hecho de ser un acto que afecta al estado civil de las personas. Anádase a esto que la intervención de las partes no es suficiente, ni siquiera lo es la forma solemne, sino que se precisa, además, la intervención judicial (37). También es digno de tenerse en cuenta que las partes no pueden someter la adopción a término ni condición, como establecen expresamente los artículos 1.575 del Código civil (riego de 1.940, 1.742 del B.G.B. 267, párr. 4º, del C. o. venezolano de 1.922 y 246 del de 1.942, 168 del C. o. letón de 1.937, 375 del C. o. brasileño de 1.916, a. 10 de la ley salvadoreña de 3 de noviembre de 1.935, etc. La jurisprudencia brasileña se ha pronunciado ya sobre el particular, declarando la nulidad de la adopción condicional (decisión de la Sala 2ª del T. S. federal de 22 de agosto de 1.947 en el recurso extraordinario nº 11.696). Estableciendo la analogía entre la adopción y el matrimonio, pueden aducirse entre otras varias razones decisivas: a) que no basta que se de en la adopción un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato, pues contra lo que sucede en estos, la adopción está sustraída a la libre voluntad de las partes, las cuales no pue en disciplinar la relación adoptiva de modo contrario al establecido por la ley; b) que es ajena también al contrato la materia sobre que recae el acuerdo de adopción, ya que no pueden ser objeto de convención contractual relaciones personales y familiares, que son precisamente la materia o el objeto de aquel; c) que todas las normas de los contratos y entre ellas el principio del mutuo disenso son, al menos en principio, inaplicables a la adopción (38). Conviene también no olvidar la ilógica consecuencia consistente en que el padre o madre vendrían a disponer por contrato de la persona de su hijo menor o incapacitado.

La adopción como acto jurídico distinto del contrato.- Puede decirse que es la concepción dominante actualmente, encontrándose precedentes de la misma en nuestros antiguos tratadistas, Escriche Laserna y Febrero, lo cual no es extraño pues ya el mismo Berlier en la Exposición de Motivos al Cuerpo legislativo calificó a la adopción de acto (Loaré, Lég. civ. VI, p. 601). Para Valverde es "un acto jurídico que crea entre dos personas una relación análoga a la que resulta de la paternidad y filiación legítimas (39) y añade que su naturaleza no es contractual (40). Según Castán (41), "es la adopción un acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil, del que se derivan relaciones análogas (aunque no idénticas) a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas", mientras que Dusi la define como "acto jurídico solemne, en virtud del cual la voluntad de los particulares con el permiso de la ley y la autorización judicial, crea, entre dos personas, una y otra naturalmente extrañas, relaciones análogas a las de filiación legítima (42). Baudry-Lacantinerie (43) nos dice: "On peut définir l'adoption: un acte solennel qui, sans faire sortir l'adopté de sa famille naturelle, crée entre lui et l'adoptant un rapport analogue à celui qui résulte de la paternité et de la filiation", y Colin et Capitant (44) manifiestan que se trata de un "acto jurídico (generalmente un contrato) que crea entre dos personas relaciones ficticias y puramente civiles de parentesco y filiación". No faltan autores que no se adscriben claramente a esta posición, como Sánchez Román (45), al decir: Es la adopción uno de los medios de constituirse la relación paterno-filial, por el cual y mediante ciertos requisitos establecidos por las leyes, una persona toma como hijos los que no lo son por naturaleza", y aboga para que se la encierre en estrechos límites (46). Por el contrario, algunos Códigos se deciden a definirla como acto. Tal sucede con los ss. 179 del C. c. boliviano de 1.831 y el 269 del colombiano de 1.873, así como el de Guatemala de 1.877 (a. 267): "Adopción (o prohiamiento, añade el Código guatemalteco) es el

acto de tomar por hijo al que no lo es del adoptante", mientras que el D. n° 375 de 5 de mayo de 1.947 de este último país dice que es "el acto jurídico de asistencia social por el que se toma como propio hijo al que no lo es verdaderamente".

Dentro de esta tendencia, pero acercándose ya a la que exponemos a continuación hay que colocar a los partidarios de aplicar a la adopción la noción de acto-procedimiento, cuyo origen doctrinal es primordialmente administrativo. Y, en efecto, desde el punto de vista de la regulación legal no parece falta de lógica esta posición, si se entiende por acto-procedimiento el resultante de la sucesiva concatenación de actos preparatorios y sucesivos peordenados a la producción de un determinado efecto jurídico final, de tal modo que considerados aisladamente, por sí solos, no son nada y solo cuando se funden al realizarse el último adquieren, en esa unidad, sustantividad jurídica (47).

La adopción como institución.- Bajo este epígrafe comprendemos las teorías más avanzadas, sin que con ello pretendamos dar a entender que es posible subsumir por completo la adopción en los tradicionales moldes de la teoría de la institución, tal como ha sido expuesta por Hauriou (48), Santi Romano (49), George Renard o Joseph T. Délos; únicamente queremos significar la influencia publicista en la institución, que acentúan las modernas legislaciones, en las que precisamente se apoya la nueva tesis. Nada más lejoso de creer, por tanto, que se trata de una mera opinión de escuela, sin base en los textos legales. Han sido precisamente los cambios legislativos los que han motivado el cambio de frente doctrinal. Así ha sucedido en Francia, dónde a partir de la reforma operada por la L. de 19 de junio de 1.923, los autores se sienten inclinados a reconocer que, en realidad, la adopción ha dejado de ser una convención consentida libremente entre las partes, dueñas de disponer de sus derechos, para pasar a ser una nueva y especial

figura, celosamente regulada por la ley, habida cuenta, además, de que se permite la adopción de los menores en virtud de "justos motivos" cuya apreciación se deja a la discreción del tribunal (50). El D+L. de 29 de julio de 1.939, que crea la legitimación adoptiva, ha acentuado esta evolución, de tal forma que una reciente sentencia de la "Cour de cassation" la ha caracterizado como una institución judicial ("institution judiciaire") por contraposición a la adopción ordinaria (51). No hay que ver aquí, como hemos dicho, un refinamiento del análisis peculiar de los juristas europeos, pues es precisamente a la luz de estas nuevas concepciones como los legisladores de Hispanoamérica han transformado el antiguo régimen de la adopción (52). Así es como la adopción ha llegado a ser lo que, con una terminología prestada por el Derecho público y por lo mismo más significativa (pues indica claramente que los antiguos moldes han quedado ampliamente superados) se llama una institución o un acto-condición (53).

En aquellos países que asimilan los adoptados a los hijos legítimos podría definirse la adopción como un procedimiento jurídico-o por el que se crea entre adoptante y adoptado un vínculo legal de filiación legítima.

Desde el punto de vista de nuestro Derecho, si bien la reciente reforma ha rebasado el marco contractual tradicional, no creemos que sea todavía lícito aplicar las novísimas ideas sobre el particular. A lo sumo, cabría hablar de institución con referencia a la adopción en el mismo sentido en que dicha palabra se aplica al matrimonio. Por todo ello, y teniendo en cuenta las clases de adopción reconocidas en nuestro Derecho, creemos conveniente definirla como "acto jurídico solemne e irrevocable por el cual, mediante la aprobación judicial y cumplimiento de los requisitos legales, una persona o ambos cónyuges conjuntamente adquieren la patria potestad respecto de otra (adopción menos plena) mayor de tres años (adopción plena), o bien se establece solamente una relación de parentesco de la que se derivan relaciones

recíprocas y análogas a las de paternidad y filiación establecidas por naturaleza". En esta definición se comprenden la adopción plena y la menos plena, cuya última diferencia es que en la primera el adoptado ha de ser necesariamente mayor de tres años, así como la adopción de los menores y la de los mayores de edad, a la que se refiere el último inciso, pues respecto a estos no se adquiere la patria potestad.

Los caracteres que la adopción reúne en nuestro Derecho, derivados de su regulación legal y acordes con los principios que inspiraron al legislador, son los siguientes:

1. Es un acto jurídico, del que podría decirse que crea un estado, el de adoptado (no el de hijo adoptivo, aunque algunos artículos y la sistemática de nuestro Código suministran base suficiente para mantener esta solución) que, por lo mismo, no excluye la idea de institución, pues viene a actuar a manera de condición para el nacimiento de una situación legal objetiva.

2. Es un acto jurídico solemne, es decir, exige una forma determinada (autorización judicial, escritura pública) e irrevocable (artº 175, párr. 1º).

3. Es un acto puro, que no puede ser sometido a condición ni a plazo (54).

4. Es un modo de adquirir la patria potestad respecto a los adoptados menores de edad (aa. 174, párr. 1º, 154, párr. 2º y 167, nº 3º del C. c.).

5. Es un acto para el que rige el principio de unidad de personas (no pueden adoptar varias personas conjuntamente), salvo el caso de los cónyuges, si bien para estos se sustituye por el de unidad del acto (aa. 173, nº 4º y 178, párr. 1º).

6. Es un acto que pretende imitar a la naturaleza, lo que explica muchos de sus requisitos y efectos (v. gr.: diferencia de edad entre adoptante y adoptado, deber de respeto, etc.).

7. No entraña la ruptura de las relaciones entre el adoptado y su familia por naturaleza (aa. 174, párr. 5º y 179, párrs.

2ª y 3ª). (55)

Las innovaciones y modificaciones introducidas en el régimen legal anterior son tantas y tan importantes que es casi imposible enumerarlas todas. Entre las principales se encuentran:

1. La nueva ley se orienta en el sentido de proteger a los menores, facilitando la práctica de la adopción, al contrario del sistema derogado, donde parecía concebida más bien en beneficio del adoptante que del adoptado, manifestándose esta protección tanto en los efectos como singularmente en los medios conducentes a mantener el secreto de la adopción (artº 178, párr. 4º).

2. Establece dos clases de adopción: la plena y la menos plena (artº 172).

3. Rebaja la edad para adoptar de 45 a 35 años (a. 173).

4. Aumenta la diferencia de edad entre adoptante y adoptado de 15 a 18 años (a. 173, párr. 1º).

5. Prohíbe expresamente la adopción a quienes tengan hijos naturales reconocidos (a. 173, nº 2º).

6. Varía la preferencia en los alimentos, dando prioridad al adoptado sobre los ascendientes del adoptante, entre otras modificaciones (a. 174, párr. 2º).

7. Aclara la controvertida cuestión del pacto sucesorio y establece la sucesión forzosa del adoptado plenamente (aa. 174, párrs. 3º a 5º, 179, párrs. 1º y 2º, 180, párr. 4º y 772).

8. Se refiere expresamente a la tutela y a la ausencia, omitidas en el régimen anterior (artº 714, párr. 6º).

9. Establece el principio de irrevocabilidad (a. 175, p. 1º).

10. Amplía los supuestos de impugnación, si bien la acción concedida al adoptado durante su minoridad o incapacidad precisa fundarse en alguna de las causas que den lugar a la desheredación de los ascendientes (artº 175).

11. Formula con mayor rigor las reglas del procedimiento, bajo pena de nulidad, modificando el régimen anterior (a. 174).

12. Declara la relación de parentesco (a. 174, párr. final),
13. Prevé un caso especial de adopción en el a. 180.
14. Limita a los padres que adoptaren menos plenamente la exigencia del artº 166.
15. Deroga la L. de 17 de octubre de 1.941, salvo su artº 7º.

Los fines perseguidos por el legislador con esta modificación han sido regular de nuevo la adopción, dotándola de mayor eficacia mediante la creación de la adopción plena, si bien incluso puede admitirse que, desde un punto de vista general, se da mayor estabilidad y se refuerza el vínculo creado por la adopción. En cada uno de los temas tratados, manifiesta la exposición de motivos de la ley de 24 de abril de 1.958, "se preocupa ante todo del aspecto personal ... para mejorar la situación jurídica del adoptado" y sin omitir los aspectos patrimoniales de obligada consideración, estos se regulan "siempre sin olvido de la primacía de los valores de la persona".

Enjuiciando la presente reforma, manifiesta el profesor Federico de Castro: "Sobre el acierto de otras modificaciones, como ... la renovación completa de la figura de la adopción ... no parece habrá división de opiniones ni se suscitara el interés general, como ha ocurrido sobre la organización de la sociedad de gananciales. Las diferencias versarán sobre matices de la regulación y sobre el mayor o menor acierto técnico tenido al redactar los nuevos artículos.2 (55 bis).

Ventajas e inconvenientes de la adopción.- Después de todo lo que se ha escrito sobre el tema, poco podremos decir que sea nuevo en este aspecto. Partidarios y adversarios de la institución han intentado justificar sus respectivas opiniones aduciendo los argumentos más diversos. A fuer de imparciales hemos de dar la razón a los defensores de la adopción, por tratarse de una institución moralmente loable, puesto que estimula los más nobles impulsos del ser humano. Pero ello no nos excusa de exponer dichas ven

tajas e inconvenientes, siquiera lo hagamos sumariamente, puesto que el referirnos a los posibles riesgos y sus remedios, hemos de volver a tocar el tema. Allí trataremos de las dificultades más importantes, esto es, las que suele presentar la práctica. Ahora expondremos más bien los argumentos teóricos o doctrinales, que por cierto no faltan, pues nos hallamos, aunque cueste trabajo creerlo hoy día, ante una institución que ha sido combatida duramente, suponiéndola causa de graves trastornos en el seno de la familia y aún fuera de ella. Se ha dicho que fomenta la inmoralidad, proporcionando al célibe libertino un medio para que al llegar a la ancianidad encuentre los cuidados que no quiso buscar en el matrimonio; que es un peligro social, pues favorece el celibato, al permitir disfrutar de las alegrías y ventajas de la paternidad sin las cargas correspondientes; que es inadecuada para los tiempos modernos y, por lo mismo, resulta absurdo su mantenimiento; se trata, en suma, "de una ficción excesiva y violenta que todo lo inventa, lo supone y lo crea" (56). Frente a estos argumentos cuya debilidad es patente, se alza el hecho cierto de los beneficios que reporta: consuelo de los matrimonios estériles, libra a la beneficencia pública de la carga de los asilados, proporciona al adoptado un beneficio material y moral por cuanto se exigen garantía en el adoptante, contribuye a resolver en muchos casos los pavorosos problemas planteados por la existencia de huérfanos de guerra y, en fin, constituye una de las más hermosas aplicaciones del precepto evangélico que ordena amarnos los unos a los otros, de tal modo que los argumentos contrarios resultan desvirtuados. Por todo esto no es de extrañar que la adopción goce actualmente de gran importancia social, hasta el punto de haber trascendido del ámbito meramente privado y haberse preocupado de ella en congresos y conferencias internacionales (57), al mismo tiempo que los sociólogos la estudian como un fenómeno social por lo que conviene detenerse a reflexionar un poco sobre el particular.

C A P I T U L O I I

SUMARIO.- Importancia social y política legislativa.-

1. Importancia social: A) Consideraciones generales; B) Valor intrínseco de la adopción; C) Influencia de las contiendas bélicas.- 2. Política legislativa: A) Época de las Codificaciones; B) Derecho contemporáneo: a) protección al adoptado menor; b) control estatal; c) medidas preventivas.

La importancia objetiva de una institución, y no solo de una institución sino de cualquier acto de la vida en general, puede obedecer a alguna de estas dos causas: ora es importante por sí misma y su valor se desprende de su propia esencia, ora este se deriva del mundo circundante. Pudiera hablarse de una importancia o valor intrínseco ("in se") en el primer caso y extrínseco ("ab alio") en el segundo. Para apreciar ambos es preciso realizar una operación conocida con el nombre de "valoración", pero con la siguiente diferencia: mientras el valor intrínseco de que están dotadas ciertas instituciones se "impone" en cierto modo al sujeto, es decir, el proceso valorativo opera de fuera a dentro, en los demás casos se procede a la inversa, atribuyendo al sujeto determinadas cualidades al objeto en virtud de las cuales la institución considerada deviene importante, se valoriza. Un ejemplo aclarará los conceptos: el matrimonio, el testamento, son actos que aparecen "a priori" como dotados de un valor, de una importancia extraordinaria, con independencia de los fines perseguidos en el caso concreto y de lo que en ellos se disponga. La compraventa, por el contrario, no goza de

tales privilegios y es solo en atención a circunstancias (mayor o mejor empleada esta palabra, pues "circum-stare" es lo que rodea, permanece fuera) ocasionales como adquiere relieve jurídico. Interessa hacer una aclaración, insistiendo en lo dicho al principio, y es la de que me refiero aquí a la importancia objetiva, pues es evidente que el acto más nimio puede ofrecer a un determinado sujeto un valor del que en sí mismo carece (v. gr.: el valor de afección) dotándolo, por tanto, de una importancia subjetiva que puede, en ocasiones, superar para él a la anterior.

Pues bien: la adopción está dotada de un gran valor intrínseco, con independencia de los fines que se persigan. Pueden variar estos y, en efecto, así ha sucedido (en Roma se perseguía un fin religioso primero, político más tarde, de los que hoy en día nadie se cuida) pero la importancia de la institución permanece. Y es sintomático a este respecto el hecho de que fué en los EE. UU. de América donde la adopción, en su concepción actual, adquirió mayor desarrollo. Establecida primero en la Luisiana a imitación del Código civil francés, se extendió en 1851 a Massachusetts y después, rápidamente, a otros Estados (Pensilvania en 1.855, Wisconsin en 1.858, Illinois en 1.867 y Nueva York en 1.873) favorecida por la ausencia de formalidades. En este país nuevo, abundante en tierras y trabajo para todos, sin inquietudes que proporcione la descendencia ni las leyes restrictivas, la adopción se practicó en breve intensamente y sin verdadero control. Los sociólogos están de acuerdo en que constituye actualmente un fenómeno social, desde un doble punto de vista: primero, por el cambio de estatuto personal que engendra -el adoptado pasa a ser hijo del adoptante- y segundo, por su importancia numérica, ya que se calculan en más de cincuenta mil las solicitudes de adopción presentadas cada año ante los tribunales americanos.

La importancia de que ya gozaba la adopción se ha visto

aumentada estos últimos años por los acontecimientos subsiguientes a las dos últimas guerras, que afectaron primordialmente a los países europeos (aumento de huérfanos y de hijos ilegítimos, sentido creciente de la solidaridad) y que han motivado las recientes reformas de sus legislaciones para ponerlas de acuerdo con las nuevas exigencias. En efecto, si la adopción es hoy universalmente conocida, salvo en Haití, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Portugal (en este país ha sido recogida por la Comisión de 1.942 en su proyecto relativo a la competencia civil de los tribunales de menores, refundido actualmente en el cuadro de trabajos relativo a la reforma del Código civil), también es cierto que la mayoría de los Estados han modificado sus leyes recientemente (así lo han hecho Bélgica, Brasil, Alemania, Bulgaria, Chile, Costa Rica, Dinamarca, R. Dominicana, ESPAÑA, Francia, Grecia, Guatemala, Hungría, Islandia, Italia, México, Nueva Zelanda, Panamá, Holanda, Perú, Polonia, Puerto Rico, Rumania Suiza, U.R.S.S., Uruguay, Venezuela y Yugoslavia) y que aquellos Estados donde era desconocida legalmente si bien la practicaban de hecho, la han concedido carta de naturaleza en su Derecho (caso de Finlandia, Noruega, Suecia, Gran Bretaña y algunas provincias canadienses), habiéndola, por último, regulado legislativamente sin conocerla antes en la práctica, Argentina, Australia, Columbia Británica, Canadá (Nueva Escocia, Ontario, Quebec) Irlanda, Ecuador, Salvador, Checoslovaquia y Turquía.

A la vista de semejante panorama puede fácilmente concluirse que desde finales del siglo pasado hasta nuestros días la adopción ha recorrido un largo y progresivo camino, cuyo índice de favor entre aquellos a quienes se dirige demuestra palpablemente su creciente importancia, de tal modo que no se trata de una consagración legislativa sin alcance práctico, como lo demuestran los hechos siguientes: en 1.900 se practicaban anualmente en Francia unas 50 adopciones; en 1.923 se homologaron unas 616,

mas publicada la L. de 19 de julio de 1.923, en razón de consideraciones demográficas y para favorecer la adopción de los huérfanos de guerra (con lo que dicho está que rompió el sistema restrictivo del Código de 1.804, favoreciendo la adopción en el fondo y en la forma), en 1.924 el número de adopciones se elevó a 1.675 (58) y en años posteriores aumentó rápidamente hasta ser de 2,234 en 1.933, habiéndose registrado, por último, 994 legitimaciones adoptivas y 2.489 adopciones en 1.953, lo que indica una favorable acogida de la L. de 1.939. En cuanto a los países que introdujeron la adopción en su Derecho después de 1.914, como Gran Bretaña y los Países escandinavos, este reconocimiento legislativo se ha traducido inmediatamente en aumento del número de adopciones, mientras que, en aquellos otros que, como Italia, gozaba de antigua tradición legislativa, parece obtener nuevo favor. Incluso en los países que la desconocen legalmente se puede comprobar, sobre todo en los últimos años, una marcada tendencia por parte de los particulares a buscar por otros medios la consagración jurídica de los vínculos que les unen a quienes tienen voluntariamente a su cuidado. Ha sido precisamente la práctica de las adopciones de hecho un importante factor en la reforma de las leyes inglesas y escandinavas. Por otra parte, Holanda no consideró conveniente mantener la prohibición del Código de 1.838 cuando, en 1.947, comenzaron los trabajos de reforma, habida cuenta que dicha prohibición solo pudo ser observada merced a las medidas especiales adoptadas contra las prácticas, cada vez más frecuentes, que tendían a establecerla de nuevo. Incluso en la U.R.S.S. ha adquirido la adopción tal importancia durante los últimos años que impulsó al legislador a admitirla de nuevo en el Derecho de familia (Decreto de 1º de marzo de 1.926 que entró en vigor el 1º de enero del año siguiente) de dónde había sido desterrada por el Código de 22 de octubre de 1.918.

La política legislativa seguida en materia de adopción se encuentra estrechamente ligada a los diversos elementos que forman la evolución general de la institución. La poderosa organización de la familia agnaticia y el culto a los antepasados la confirieron una importancia excepcional dentro del sistema jurídico romano. Por idénticas razones ha conservado un lugar privilegiado en las legislaciones de ciertos países orientales, salvo en los de Derecho musulmán en que otra institución, el pacto de familia, suele llenar la función normal de la adopción. Por el contrario, los Códigos del pasado siglo la acogieron, en general, con dificultad y como a disgusto, hasta el punto de encontrarse reconocido por la casi totalidad de los autores que debió, en última instancia, su admisión en el Código francés a la influencia personal de Bonaparte que, careciendo de descendientes, deseaba asegurarse un sucesor por este medio, de modo análogo a lo efectuado por los emperadores romanos (59). La tradición romana determinó su admisión en el Código civil italiano de 1.867 (60), a pesar de que el Ministro de Justicia Pisanelli la había excluido del Proyecto de 1.860 como contraria a las costumbres de la sociedad contemporánea e inmoral, si bien fue defendida por Vigliani y Manzini, y en el Código civil rumano de 1.864, sometiéndola, empero, a condiciones extremadamente restrictivas. Muchos Códigos latinos o de inspiración latina pertenecientes a la misma época la excluyen por completo, como el holandés de 1.838, el portugués de 1.867, el chileno de 1.857 y varios otros de Hispanoamérica. Es significativo a este respecto observar que, cuando el Código colombiano de 1.873, separándose de su modelo chileno, consagra un capítulo a la adopción para respetar la tradición del Derecho español, los juristas colombianos arremeten contra ella y censuran su inclusión en el Código, mostrándose partidarios del legislador chileno ya que, manifiestan, no debe recoger un Código "las instituciones que han caído en desuso".

so" (61). Y, en verdad, la adopción se practicaba escasamente por aquel entonces, según demuestran las estadísticas a que he hecho referencia anteriormente. Por ello, la doctrina clásica de los autores del siglo pasado es la de ver en la adopción una ficción legal incompleta con efectos limitados (62) e incluso un autor más reciente, Secrétan, comienza en 1.914 su estudio sobre la adopción con estas palabras: "La adopción es una institución caída hoy en desuso y que nunca ha desempeñado un papel importante en el Derecho de familia moderno" (63). El mismo legislador español reconoce la decadencia de la institución en aquel tiempo: "La presente modificación del Código civil ... introduce algunas novedades en materia de adopción, que, caída en desuso en la época codificadora, ha llegado a adquirir una pujante vitalidad..."

Hay, por último, una serie de países, tales como Gran Bretaña, Países escandinavos, Hungría, Grecia, etc., que se limitaban a tolerar su práctica sin que estimasen de utilidad introducirla en su Derecho. Son estos países, precisamente, los que a comienzos del presente siglo, se pondrán a la cabeza del movimiento favorable a la adopción. La brecha en el anterior estado de cosas fué abierta por el Código federal suizo de 10 de diciembre de 1.907, el cual introdujo la institución que nos ocupa en los veintidós cantones de la Confederación helvética, tan solo conocida por nueve de ellos anteriormente (Bâle-Campagne, Ginebra, Jura, Neuchâtel, San Gall, Soleure, Tessin, Thurgovie y Zurich). En los años que van de 1.914 a 1.940 la adopción se introduce con todos los honores en el Derecho de los siguientes países: Gran Bretaña y la mayor parte de sus Dominios (Adoption of Children Act, 1.926 que la introduce en Inglaterra y Gales; por la Adoption of Children Northern Ireland Act, 1.929 y la Adoption of Children Scotland Act, 1.930 se extiende a estos países), Brasil (Código civil de 1.916, debido a C. Bevilaqua, publicado

por ley n° 3.071 de 1° de enero), Chile (L. n° 5.343 de 6 de enero de 1.934), Costa Rica (L. de 1° de agosto de 1.934), Dinamarca (L. de 26 de marzo de 1.923, inspirada en el Proyecto elaborado en 1.913 por la Comisión interescandinava), Finlandia (L. de 5 de junio de 1.925), Grecia (L. de 1.920 refundida en el capítulo XIII, artículos 1.568-1.588 del Código civil promulgado el 15 de marzo de 1.940), Noruega (L. de 2 de abril de 1917, con la misma inspiración que la danesa), Panamá (Código civil de 1° de octubre de 1.917) y Suecia (L. de 14 de junio de 1.917). Después de la última contienda bélica han establecido la adopción Argentina (L. n° 13.252 promulgada el 23 de setiembre de 1.948), Ecuador (L. de 5 de noviembre de 1.948), Guatemala (D. n° 375 de 5 de mayo de 1.947), Irlanda (L. de 13 de diciembre de 1.952), Holanda (L. de 26 de enero de 1.956) y El Salvador (D. n° 1.973 de 3 de noviembre de 1.955, D. O. n° 211 del 16 de los mismos mes y año). Es de notar que Guatemala había derogado anteriormente sus leyes relativas a la adopción (introducida en el Código de 1.877 fué suprimida en 1.933 aprovechando una reforma legislativa, tal vez por hostilidad personal del General Ubico, a la sazón Presidente de la República) y en Holanda había estado vigente durante el periodo de aplicación del Código Napoleón (1.811-1.838). En las naciones que ya conocían la institución, la reglamentación restrictiva de los Códigos del pasado siglo dejó paso a otra nueva, tendente a favorecerla. El ejemplo de Francia, con las dos reformas de 1.923 y 1.939, es característico. Sin acusar una transformación tan radical, los nuevos Códigos italiano de 1.942 (64), rumano de 1.939 (65) y de 4 de junio de 1.954 (aa. 66 a 85), al igual que el polaco de 27 de junio de 1.950 (M. O. n° 34), facilitan la adopción y extienden sus efectos. Análoga dirección siguen el Código peruano de 1.936, las leyes alemanas de 1.948, la polaca de 27 de junio de 1.950, el Decreto rumano n° 182 de 19 de octubre de 1.951, la ley danesa de 25 de

mayo de 1.956, que entró en vigor el 1º de enero del año siguiente y diversas disposiciones legislativas aplicables a las provincias canadienses.

La nueva política legislativa en esta materia no se caracteriza solo por facilitar la adopción, sino que aspira a transformar la noción tradicional, que es la del Derecho romano y la codificación decimonónica, que concibe la adopción en interés del adoptante, para atender primordialmente al interés del adoptado, que se estima más necesitado de protección. Se trata de una evolución parecida a la experimentada por la patria potestad, de la que se hace eco el legislador español cuando, en la exposición de motivos de la ley de 24 de abril de 1.958, manifiesta como "el Código civil, influido por las tendencias entonces dominantes, concibió la adopción con perfiles y efectos muy estrechos. Situó a los adoptados entre dos círculos parentales, sin adscripción clara a ninguno de ellos", mientras que "la presente ley... se preocupa ante todo del aspecto personal... para mejorar la situación jurídica del adoptado". El favor se manifiesta en diversos aspectos: permitiendo adoptar a los hijos naturales, posibilidad que hace un siglo se presentaba como uno de los inconvenientes de la adopción (66), pero sobre todo en las facilidades otorgadas para la adopción de niños abandonados, las cuales desembocan a veces en el reconocimiento, al lado de la adopción ordinaria, de otra especial a ellos dedicada, con menos formalismos y dispensa de algunos requisitos exigidos para la adopción ordinaria (v. gr.: la edad). La idea, sin duda, no es completamente nueva, ya que en el antiguo Derecho francés, desconocedor de la adopción, el Director del Centro de la Caridad de Lyon podía adoptar a los huérfanos acogidos en este establecimiento y numerosas leyes americanas reglamentaron, desde tiempo atrás, esta clase de adopciones, pero el movimiento adquiere en las legislaciones actuales tales caracteres e irrumpe en el moderno

Derecho con tal vigor que pasa a ser uno de los signos característicos del mismo. Basta recordar la legitimación adoptiva establecida en Francia por L. de 29 de julio de 1.939, la "affiliazione" del Código italiano de 1.942, nuestra L. de 17 de octubre de 1.941 o el régimen especial introducido en Costa Rica por la L. de 1^o de agosto de 1.934 y por el Código peruano de 1.936 para darse cuenta de ello. A esta evolución ha contribuido, sin duda alguna, la situación de los huérfanos de guerra, como se comprueba en las leyes alemanas de 1.948 (67), el Decreto soviético de 8 de setiembre de 1.943 y el rumano de 19 de octubre de 1.951 que, por lo demás, muestran la misma preocupación que las disposiciones legales citadas con anterioridad respecto al porvenir de los niños abandonados.

La política legislativa favorable a la adopción lleva consigo ciertos peligros que el legislador desea prevenir mediante el oportuno control. Así sucede, y es fenómeno curioso, que las mismas facilidades legislativas arrastran ciertas limitaciones e intervenciones de la autoridad pública, manifestadas en el control estatal y en la admisión de la revocación de la adopción. De hecho, el control se venía practicando desde finales del siglo pasado en los EE. UU. de América, donde la adopción revestía caracteres de fenómeno social, por medio de instituciones especializadas de carácter privado. Considerada la adopción como una importante obra social no es extraño que cuestiones tales como el examen de los adoptandos, la selección de los adoptantes, la aspiración de encontrar para cada uno de los primeros la familia adoptiva que más pudiera convenirles, la vigilancia mantenida sobre esta durante cierto tiempo subsiguiente a la adopción, etc. etc. , fuesen merecedoras de gran atención y que era necesario resolver, dando lugar al nacimiento de instituciones privadas, algunas de las cuales subsisten todavía y colaboran con los Poderes públicos. El ejemplo americano se extendió a Europa y así

existen en Francia actualmente unas veinte instituciones de esta clase, de las cuales la mitad, al menos, han demostrado poseer un positivo valor y gran eficacia, agrupándose en un "Comité d'entente" desde 1.950, testimonio de que el problema está a la orden del día (69). Mas los esfuerzos particulares aparecen impotentes, por sí solos, ante ciertos inconfesables fines perseguidos por los adoptantes y se hace imprescindible la intervención estatal. Dejando aparte las medidas legislativas encaminadas a evitar los fraudes fiscales, de las que es ejemplo el artº 784 del Código general de impuestos francés, merece que fijemos nuestra atención en las que tienden a impedir el tráfico que la adopción puede suscitar por parte de intermediarios sin escrúpulos. (70). A veces, los participantes en este "mercado negro", nombre con el que se le conoce en los EE. UU., son personas cuyos móviles no consisten en la obtención de lucro, antes bien, aspiran a colmar los deseos de matrimonios sin hijos y a proporcionar una situación a recién nacidos que sus madres han resuelto abandonar; frecuentemente se trata de profesionales (comadronas, médicos, abogados...) confidentes naturales de las jóvenes madres. Aún en estos casos se llega con frecuencia a desembocar en verdaderos dramas humanos, por cuando la decisión de abandono no ha sido, la mayoría de las veces, suficientemente meditada. Particularmente interesante aparece la evolución inglesa en esta materia: la opinión pública rechaza, a partir de 1.919, la aplicación a los hijos ilegítimos de los antiguos métodos, propugnándose su adopción, y bajo la égida de las Sociedades de protección a la infancia (Associated Societies for the care and maintenance of infants) se crea el National Children Adoption Association, que tiene por objeto, además de centralizar las adopciones, examinar a los adoptandos y facilitar todo género de información. En 1.921 la Comisión Hopkinson informó al Parlamento sobre la necesidad de establecer una legislación previsora y eficaz, lo que se lleva a

cabo cinco años más tarde, nombrándose funcionarios especializados (children's officers) que inquieran informes de los adoptantes, los visitan durante el periodo trimestral de prueba que precede a la adopción y, en fin, asesoran al tribunal encargado de emitir la decisión. Por otra parte, la Adoption of Children (Regulation) Act 1.939, trata de poner coto a las maniobras clandestinas en esta materia.

En suma, el objetivo de los Estados atiende a una triple protección:

1ª. Protección del adoptado contra una separación precipitada de su familia por naturaleza; contra el peligro de ser adoptado por personas incapacitadas para educarlo; contra las perturbaciones que en su nueva vida podría provocar sus padres naturales.

2ª. Protección de los padres por la sangre contra una decisión precipitada, fruto de la ansiedad del momento, y de la que más tarde habrían de arrepentirse.

3ª. Protección de los adoptantes contra la posibilidad de tomar a su cargo a niños con taras hereditarias y contra la intromisión, después de verificada la adopción, de la familia por naturaleza del adoptado.

Algunos de estos fines pueden conseguirse mediante la revocación de la adopción, pero esta, como todos los remedios "a posteriori" es de resultados más perjudiciales que las medidas preventivas, por cuanto el adoptante que ha tenido necesidad de acudir a ella rara vez volverá a adoptar, mientras que si la adopción ha tenido éxito, aparte de convertirse en un propagandista de la institución, es fácil que realice una nueva adopción. De aquí la importancia de estas medidas preventivas que sirven para soslayar los riesgos de la adopción, que pasamos a estudiar.

C A P I T U L O I I I

SUMARIO.- Fines y riesgos de la adopción.- 1. Fines de la adopción: A) Su clasificación; B) Fines abstractos: regla general; C) Fines concretos: consideración especial de los fines ilícitos.- 2. Riesgos que suelen presentarse en la adopción: A) Procedentes de los adoptantes; B) Procedentes de los adoptados; C) Procedentes de los padres por naturaleza; D) Medios de prevenir y reducir tales riesgos.- 3. La revelación al adoptado de su condición.

Los fines de la adopción se ofrecen a nuestra consideración en una doble vertiente, dependiendo del plano en que situemos nuestro punto de observación. Si este es general, de suerte que nos permite remontarnos hasta los principios informadores de la institución y contemplarla en su conjunto, tendremos un fin abstracto, válido para todas las adopciones, que el legislador se propone conseguir y en atención al cual articula el conjunto de disposiciones legales. Si, por el contrario, descendemos al caso particular, estaremos en presencia del fin que "esta" adoptante desea alcanzar y en atención al cual se sirve del medio jurídico que la adopción le proporciona, fin concreto, particularmente determinado -a diferencia del anterior que le está de modo general- y que el legislador tiene a veces en cuenta para acceder o denegar la adopción. En ambos casos pueden existir y de hecho existen siempre, paralela o subordinadamente

a los anteriores fines primarios, otros de naturaleza secundaria que, por regla general, serán menos relevantes, aunque puede darse el caso de una transposición de fines en cuya virtud los primarios aparezcan como secundarios y viceversa. Queda así apuntada la clasificación de los fines en dos grandes grupos: A) Fines abstractos, los pretendidos por el legislador, y B) fines concretos, los perseguidos por los particulares; como subgrupo común, dentro de cada uno de los anteriores, figuran los fines primarios, entendiendo por tales los dotados de fuerza suficiente para determinar por sí mismos con independencia de cualesquiera otros, y fines secundarios que, careciendo de fuerza determinante por sí solos, pueden aumentar o disminuir (según actúen en el mismo o en opuesto sentido) la de los fines primarios.

En líneas generales se pueden resumir los fines abstractos asignados a la adopción en las dos proposiciones siguientes: dar unos padres a un hijo que carece de padres y dar un hijo a unos padres que carecen de hijos. Nótese bien que decimos en primer lugar "dar unos padres a un hijo", con lo que se quiere significar que la adopción está concebida actualmente en beneficio del adoptado, una vez superada la etapa contraria que permitió a un autor calificar a la adopción regulada por nuestro Código civil como "institución de finalidad muy borrosa... establecida más en beneficio del adoptante que del hijo adoptivo"(71).

Pero si la adopción se propone ante todo proporcionar un verdadero hogar a quienes no lo tienen, como lo demuestran las facilidades concedidas para la adopción de abandonados y expósitos, no es menos cierto que pretende también dar cumplida satisfacción a las ansias paternas de quienes no resignan ante la imposibilidad de tener hijos. Para esto es preciso, claro está, que dichas personas comiencen por desear tener hijos, lo cual no sucedía hace algunos años en muchos países civilizados. No es del caso analizar el problema de la natalidad y los factores determinantes

de su índice mayor o menor. Basta con señalar su evolución, por cuanto va ligada al problema que nos ocupa, así como el proceso por virtud del cual se ha llegado en muchos países (v. gr.: en EE. UU., Francia e Inglaterra, dónde, según Margaret Kornitzer (72) hay unas diez solicitudes por adoptado) a que las estadísticas arrojen un porcentaje de solicitudes de adopción muy superior al de posibles adoptados, por lo que se impone cierta espera, beneficiosa en cuanto sirve para atestiguar la constancia del propósito unida al verdadero deseo de adoptar.

Los fines concretos ilícitos se presentan muchas veces enmascarados bajo la apariencia de otros lícitos. Los ejemplos, que constituyen verdaderos fraudes legales, son muy antiguos. Tácito (Anales, IV, 19) nos cuenta como, para beneficiarse de ciertas ventajas y obtener determinados cargos, los romanos se servían de adopciones ficticias, llegando los patricios a convertirse en plebeyos para desempeñar cargos reservados a estos. Es preciso averiguar los verdaderos móviles de la adopción para rechazar los indignos. Las legislaciones suelen encomendar esta labor al órgano judicial o administrativo, en el que se encarna el interés de la justicia. Que no es tarea fácil lo demuestran las decisiones recaídas en los escasos asuntos llevados ante los tribunales, resueltas sin entrar en el fondo por una u otra razón, cuando la verdadera y acaso única es la dificultad de probar tales motivaciones defraudatorias. Ejemplo de lo que decimos se encuentra en la S. de 30 de mayo de 1.951, que declara no haber lugar al recurso interpuesto por D. Alonso Goello de Portugal y otros, contra la pronunciada por la Audiencia Territorial de Madrid, en juicio de mayor cuantía sobre nulidad de testamento. Los demandantes pretendían que la Duquesa de Santa Lucía había adoptado a D. Jesús Gabriel y Galán García, con el fin de que, instituido heredero, transmitiese los bienes a los sobrinos de la causante, pagando de este modo menos derechos reales y, en

consecuencia, solicitaban se declarase la nulidad de tales actos -adopción y testamento- "por comprender una simulación absoluta de actos jurídicos, encaminados a defraudar a la Hacienda pública, para no abonar en la testamentaria de la Duquesa los derechos reales correspondientes a herederos y legatarios, collaterales distantes y extraños, creando la figura del hijo adoptivo, con encargo de distribuir la herencia". Piden se declare la inexistencia o nulidad de tales actos por "causa torpe e ilícita que había servido para su celebración, móvil o motivo indicado anteriormente". El Tribunal Supremo, sin entrar en el fondo del asunto, se limita a desestimar el recurso declarando, de manera general y fundado en la S. de 15 de enero de 1.915, "que la falta de pago del impuesto de derechos reales no desvirtúa la validez y eficacia de los documentos, en orden a las relaciones civiles, y únicamente da lugar a medidas fiscales y correcciones administrativas señaladas por la ley".

Conviene insistir en el problema de los fines perseguidos por las partes en la adopción porque los riesgos vienen determinados, en la mayoría de los casos, por dichos fines, de tal suerte que existe una especie de correspondencia entre ambos. Puede afirmarse que la adopción cuyos fines son honestos, es decir, aquella en la que el adoptante acoge al adoptado como a un verdadero hijo, tendrá asegurado un elevado porcentaje de éxito; en cambio, si lo que pretende es obtener un sucesor del que pueda sentirse orgulloso, que continúe sus negocios e estudie una brillante carrera, se expone a llevarse desengaños, por cuanto falta aquí el verdadero amor paterno que quiere al hijo tal cual es, listo o torpe, sano o enfermo, y procura estimularlo.

Las legislaciones se esfuerzan en evitar la intrusión de fines inconvenientes estableciendo el requisito de los justos motivos y ventajas para el adoptado, que debe reunir la adopción para ser aprobada. Según el a. 343 del C. c. francés "la adop-

ción no puede tener lugar mas que si existen justos motivos y presenta ventajas para el adoptado", y el a. 369, párrafo 3º, condiciona la legitimación adoptiva a la existencia de esos justos motivos y ventajas. Esta última palabra es interpretada en el sentido de que comprende tanto las ventajas materiales como las morales (v. gr.: afectos que va a encontrar el adoptado en su nueva familia). Las legislaciones inspiradas en el modelo francés, como Bélgica y la República Dominicana, exigen este requisito, que luego se ha extendido a otras (v. gr.: Bimamarca, Hungría), siendo de notar que el Proyecto portugués se pronuncia en el mismo sentido. Por el contrario, el legislador español nada establece sobre el particular y no solo eso, sino que la reciente reforma, con un criterio que merece opinión desfavorable, suprimió la expresión del texto anterior: "El juez... aprobará la adopción si... la cree conveniente al adoptado (inciso final del antiguo a. 178). De dónde parece deducirse el deber del juez, una vez cumplidos los requisitos formales, de aprobar el expediente, sin entrar a examinar la cuestión de si la adopción es o no conveniente para el adoptado. No obstante, ya veremos, al hablar del procedimiento de la adopción, como es posible mantener la exigencia de que la adopción convenga al adoptado, apoyándose, entre otros argumentos, en la subsistencia del a. 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Resulta difícil hacerse con una idea de conjunto sobre los riesgos o dificultades que presenta la adopción. Los mismos términos de "riesgos", "dificultades", "peligros", etc. resultan muy vagos. ¿Qué padres no han encontrado, en algún momento de su vida, dificultades con sus propios hijos? ¿Es que estas son más frecuentes o importantes si el hijo es adoptivo? ¿Pertenece, acaso, a un tipo especial?

Con el término riesgos de la adopción u otros semejantes,

quiero referirme a aquellas circunstancias, procedentes del adoptante, del adoptado o de los padres de este, que de manera casi constante se presentan como frecuentes y peculiares en la adopción, llegando a entorpecerla. Según las estadísticas, semejantes peligros alcanzan el 5, 77% para los adoptados en edades superiores a los diez años, el 1,68 % para los menores de un año y descienden hasta el 1,25 % para los comprendidos entre uno y dos años, de donde se deduce que esta es la edad óptima para ser adoptado si se quiere reducir los riesgos al minimum.

Muchos adoptantes se forman una opinión completamente errónea de la adopción, no por ignorancia de lo que esta sea, sino porque, engañándose a sí mismos, se hacen sinceramente ilusiones sobre su vocación de padres que no corresponden a la realidad, como comprueban en cuanto han adoptado un niño. Tal fenómeno se presenta con frecuencia en el caso de matrimonios sin hijos, cuando los móviles han sido el deseo de no diferenciarse de los demás matrimonios con hijos y, sobre todo para la mujer, poder mostrar las mismas alegrías e idénticas inquietudes que sus amigas madres de familia. En otras ocasiones se trata, en vez de esta envidia un poco pueril, de la adopción deseada por uno solo de los cónyuges y a la que el otro accede por conformismo. Bien es la mujer la que siente que el matrimonio naufraga y busca otra persona en quien depositar su cariño o un posible medio para retener al marido, si este llega a interesarse por el pequeño; en este caso, el padre adoptivo no desea la adopción, el niño viene a ser una especie de presente a su mujer, compensación inconsciente de sus faltas conyugales. Más raramente, la adopción es deseada por el marido y meramente aceptada por la mujer que, para evitar un posible conflicto, cree lo más cómodo acceder. El desengaño estalla cuando uno de los cónyuges se revela a los ojos del otro como incapaz de querer o de educar al hijo, con mayor fuerza cuando este es la mujer. Todo lo cual nos prueba que la adhesión total e igual de ambos esposos a la decisión de adoptar es

condición indispensable para una buena adopción.

Otras veces se trata de esterilidad no aceptada por la mujer, que lleva a cabo la adopción impulsada por una especie de rencor contra su destino, planteándose entonces el problema en los siguientes términos: la futura madre adoptiva ¿ha dominado su complejo y ha encontrado la tranquilidad, o bien se siente todavía presa de la angustia de ser inferior? Una vez haya logrado vencer esta, la adopción tendrá resultados favorables, habiéndose llegado a comprobar numerosos casos de mujeres que habiendo adoptado después de ocho, diez o quince años de esterilidad, han concebido después de la adopción, lo que explica el ginecólogo americano W. S. Koger por la desaparición del proceso inhibitorio debido al optimismo provocado por la adopción (73).

Cuando la adopción es motivada por el deseo de llenar el vacío causado por la muerte del hijo único, es muy difícil que tenga éxito, a no ser que la primitiva tristeza haya sido resoplazada por un estado de serena resignación gracias al cual el adoptado sea realmente deseado y acogido como un nuevo hijo, sin relación con el desaparecido.

Hay casos en que el nacimiento de hijos después de la adopción va seguido de un proceso de desafecto hacia el adoptado, por el que este viene a encontrarse en una situación familiar ambigua. A este respecto puede plantearse la conveniencia de la adopción por parte de un matrimonio con hijos, cosa perfectamente posible en varios países, como Canadá, Gran Bretaña y EE. UU.

La adopción llevada a cabo por un matrimonio de edad suele dar malos resultados, fijando las estadísticas los cincuenta años como límite máximo para adoptar si se quiere asegurar el éxito de la institución, no obstante lo cual varias legislaciones señalan precisamente esa edad como la mínima para poder

adoptar (v. gr.: Alemania, Bolivia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Mónaco y Perú). Basta tener en cuenta que tales adopciones tardías suelen obedecer a móviles egoistas, generalmente el temor a la soledad.

Se considera con razón que la adopción realizada por una sola persona entraña más riesgos que la realizada por un matrimonio. Hay muchas Asociaciones extranjeras (p. ej.: la National Children's Adoption Association, de Londres) que no aceptan a los célibes por padres adoptivos. Las estadísticas indican que la proporción de niños devueltos por adoptantes eventuales que es de 1, 48 % tratándose de un matrimonio, se eleva a 4, 21% si se trata de solteros, a 5,71 % para los viudos y a 9,09 % si el adoptante es divorciado. Las causas de estos abandonos son a veces de orden material o económico (previsiones monetarias insuficientes) pero más frecuentemente son de índole psicológica (se estima que el adoptado tiene un temperamento "demasiado difícil"). En estos casos la adopción realizada por un hombre debe ser mirada con mayores prevenciones que la verificada por mujeres (74).

Hay, por último, personas a las que debería estar prohibida la adopción: las que padecen cierto desequilibrio mental, tendencias alcohólicas o psicosis diversas; aquellas cuyo móvil es el interés y que, por lo mismo, se forman una imagen anticipada y muy precisa de como deberá ser el adoptado, y quienes demuestran de modo patente su falta de capacidad educadora.

Entre los riesgos procedentes de los adoptados se encuentran, en primer lugar, las deficiencias de salud, bien se trate de enfermedades de origen nervioso, como la epilepsia, o sensoriales (miopía, sordomudez), bien sean deficiencias intelectuales en relación al medio ambiente, es decir, que no se trata en muchos casos de que el adoptado sea un retrasado mental (por no hablar de otros estados más penosos) sino, simplemente, que no corres-

ponden a las esperanzas que en él habían depositado sus padres adoptivos, quienes suelen plantear la cuestión en los siguientes términos: -Como no tenemos obligación de adoptar, si lo hacemos, es preciso que nuestro hijo adoptivo corresponda a todo lo que esperamos de él y si esto no sucede, no lo queremos. Unido a esto se presentan las prevenciones contra las enfermedades hereditarias (- ¡Vaya Vd. a saber quienes serían sus padres!) que llevan a atribuir este carácter a las que no lo tienen e incluso a las motivadas por la falta de cuidados de los adoptantes. Hay en la herencia un doble aspecto que es pertinente tener en cuenta para evitar ser inducido a error: lo que hay de verdad en ello y la imagen que los adoptantes se han forjado, correspondiente a lo que el vulgo cree. La experiencia ha demostrado que muchos padres (no solo los adoptivos) agravan la situación de sus hijos desconociendo, a menudo, su capacidad limitada (76). La importancia de estas cuestiones se deduce del hecho de que muchas legislaciones (predominantemente las anglosajonas) las consideran como causas de revocación de la adopción. Baste citar las de algunos Estados americanos, tales como Minnesota (Laws of Minnesota, 1917, B.H. 222), Missouri (Laws, 1.917, C. H. 187), Utah (Compiled laws, 1917, Sec. 19, modificadas en 1.919), previendo la posibilidad de la revocación durante los cinco años siguientes a la adopción si el adoptado se revela epiléptico o padece locura, idiotez o enfermedad venérea cuyo origen aparezca ser anterior a la adopción; el artº 16 de la ley islandesa de 11 de febrero de 1.953 la establece para el caso de que el adoptado esté afectado por una dolencia mental o sufra una grave enfermedad duradera o padezca otros males psíquicos o morales, cuyas causas sean anteriores a la adopción y desconocidas para el adoptante, si bien, a tenor del párrafo 2º del citado artículo, puede solicitar la revocación, durante el mismo plazo de cinco años, uno de los adoptantes, aunque el otro conociese dichas enfermedades. En parecidos términos se

expresa el a. 23, párrafo 1º de la ley noruega de 21 de diciembre de 1.956 y la sueca, a partir de la reforma de 1.944 (75).

Las legislaciones, estableciendo el secreto de la adopción, tratan de evitar los riesgos procedentes de los padres naturales del adoptado. A pesar de todas las prevenciones legales, hay casos, en que ya sea debido a la edad del adoptado, ya a la intervención de terceros que, obrando incluso de buena fé, suministran a los padres por naturaleza datos suficientes para localizar a los adoptantes, etc., en que el secreto de la adopción no puede ser rigurosamente guardado. En estas condiciones es fácil encontrarse con chantajes de los padres por la sangre o con la intromisión de la madre que lamenta tardíamente el abandono de su hijo y no se resigna a perderlo. Dentro de la primera categoría de hechos (motivos interesados) se cita el caso de un padre que habiéndose procurado la dirección del adoptante, le amenaza con la revelación a fin de obtener dinero del mismo y el de aquel otro que, noticioso de haber sido adoptado su hijo por una familia acomodada, le espera a la salida del colegio, le revela su triste situación, mientras que él -su propio hijo- goza de bienestar y le coacciona para que pida dinero a su adoptante para entregárselo y, si este se lo rehusa, lo robe. En el orden de motivos desinteresados se refiere el caso de una madre que se las ingenia a fin de espiar a su hijo a la salida de las clases y de su domicilio, simplemente para verle, pero no cabe duda que algún día no podrá menor de hablarle y de intervenir en la familia adoptiva (77). Todos los autores están de acuerdo en que es preciso a toda costa hacer imposibles semejantes eventualidades mediante las barreras legales y administrativas de un secreto eficaz, ya que la coexistencia en la vida del niño de sus padres por naturaleza con los adoptivos, aunque sea episódica, es perjudicial para su equilibrio afectivo.

¿Como evitar todos estos riesgos a que nos hemos referido?

La solución no puede ser otra que mediante el estudio de cada caso, llevado a cabo por un personal especializado y, por lo mismo, competente. En aquellos países donde el número de personas deseadas de adoptar es muy superior al de posibles adoptados, la selección de los padres adoptivos se muestra como indispensable. ¿De que modo llevarla a cabo? Según el informe emitido por el Centro de Protección a la Infancia de París, en 1.951, los servicios públicos proceden a realizar una encuesta cerca de los alcaldes, párrocos, etc., de las sucesivas residencias ocupadas por los solicitantes (78). Pero semejantes informes, que pueden dar resultado en el medio rural y en poblaciones pequeñas, donde todos se conocen, son difíciles y de incierto valor en las grandes ciudades. En este caso, el medio más comúnmente empleado consiste en mantener contacto durante un período de tiempo prudencial con los futuros adoptantes, mediante unos funcionarios especializados, buenos conocedores de los problemas planteados y el modo de resolverlos y capaces, por otra parte, de inspirar confianza a los observados, pues es evidente que la familia no se confiará de buen grado y espontáneamente a un magistrado. Estos funcionarios especializados están constituidos en varios países (Inglaterra, Suiza, Francia, EE. UU.) por los "protections officers" o "asistentes sociales" en materia de adopción, los cuales, según el comunicado de la Organización Mundial de la Salud (O. M. S.) de 2 de diciembre de 1.953 deberán estar perfectamente enterados, no solo de la legislación y del procedimiento, sino también del desarrollo normal del adoptado, de los problemas de su adaptación y de los métodos aplicables para asegurar la máxima eficacia de los resultados. Otro de los medios, empleado con éxito en los EE. UU., consiste en celebrar una serie de reuniones entre eventuales adoptantes y personas que han adoptado hace algún tiempo, no mucho (generalmente de seis meses a un año), a fin de que, dirigidos por un especialista en estas cuestiones, aborden los principales problemas (79). Siguiendo este

sistema se creó en París, hace unos cinco años, la Association Familiale Nationale des Foyers Adoptifs "para confrontar las mutuas experiencias sobre las formalidades administrativas, el diligido problema de la revelación, el comportamiento del niño y su educación", y ya anteriormente funcionaban, bajo la dirección de ciertos adoptantes dinámicos y el signo de la mutua ayuda, pequeños grupos de adoptantes con finalidad semejante.

El método conocido con el nombre de "adopción dirigida", parte de la base, confirmada por la experiencia, de que existe una cierta correlación entre el medio ambiente en que vive el adoptante (profesión, gustos, nivel económico...) y aquel en que se han desenvuelto los padres del adoptado, de tal modo que tanto más se asegurará el éxito de una adopción, cuanto más se aproximen ambos. Entre estos factores correlativos ocupa un lugar destacado la religión, que ha llegado a plantear serios problemas en los EE. UU. con motivo de los niños europeos adoptados por súbditos americanos de diferente credo religioso.

En los países anglosajones existe un periodo de prueba -probation period- cuya duración oscila de tres meses a un año, entre la adopción provisional (entrega del adoptando) y su elevación a definitiva, una vez ha sido superado con éxito. Dicho periodo de prueba guarda relación con la edad del adoptado: la discusión que tuvo lugar respecto a la adopción en la Cámara de los Comunes en 1.949 versó precisamente sobre una moción presentada en el sentido de que, cuanto mayor sea el adoptado, tanto más es preciso esperar antes de consagrar legalmente la adopción.

Problema muy importante es el relativo a la revelación al adoptado de su condición de tal (80). Podrían citarse numerosos ejemplos, recogidos de autoridades en la materia tales como los profesores H. Deutsch, Heuyer y sus colaboradores, que demuestran los resultados favorables de las revelaciones precoces y los p

ligros de las tardías, que suelen venir impuestas por la necesidad y, a veces, brutalmente. (481). Se dirá que para qué sirve entonces el secreto de la adopción. Cabelmente, la adopción no debe ser ignorada por el adoptado, el cual, inevitablemente, termina por enterarse. El secreto mira primordialmente a salvaguardar a la familia adoptiva de la intrusión de los parientes por naturaleza del adoptado. Aparte de este, el secreto no es íntegramente respetado, ni siquiera en la adopción plena, pues solo conocemos el caso de la legislación uruguaya que lo lleva a sus últimas consecuencias en relación a la legitimación adoptiva, autorizándose una verdadera falsificación de las actas del Registro civil, pues el adoptado es inscrito como hijo legítimo de los adoptantes. Como medida excepcional, el Decreto del Presidium del Soviet Supremo de la U.R.S.S. de 8 de setiembre de 1.943, teniendo en cuenta la situación de la postguerra y para fomentar la práctica de la adopción, permitió que el adoptante pudiera ser inscrito en el Registro como padre del adoptado, sin hacer mención alguna de los padres por la sangre de éste, en cuyo caso los correspondientes certificados serán de filiación y no de adopción. Pero tales disposiciones son raras y lo más frecuente es que el secreto se mantenga en los límites trazados por nuestra legislación: "El Registro civil no publicará, a partir de la adopción, los apellidos impuestos al adoptado en la inscripción de nacimiento ni dato alguno que revele su origen. No obstante, el Juez de Primera Instancia podrá acordar que se expida certificación literal del acta de inscripción de nacimiento del adoptado, a solicitud de quien justifique un interés legítimo y razón fundada para pedirla. La resolución judicial no será necesaria si el solicitante fuese el propio adoptado mayor de edad (arts 178, párrafo final) (82).

C A P I T U L O I V

SUMARIO.- Clases de adopción.- 1. Adopciones de Derecho público.- 2. Adopciones de Derecho privado: A) Terminología; B) Derecho extranjero: a) Francia; b) Uruguay; c) Luxemburgo; d) Bélgica; e) Perú; f) Italia; g) Rusia. C) Derecho español: a) Principales diferencias entre la adopción plena y la menos plena; b) Juicio crítico; c) Instituciones similares a la adopción: a') el prohijsamiento; b') el acogimiento familiar.

Limitado nuestro propósito al estudio de la adopción en el Derecho moderno, no trataremos de las clases de adopción existentes en el Derecho histórico más que en la medida necesaria para explicar las actuales. Por otra parte, se impone la siguiente observación: al lado de las adopciones de Derecho privado se encuentran, en el tiempo y en el espacio, adopciones de estricto Derecho público, inspiradas por razones de tipo político, como las que tuvieron lugar en la Roma imperial, cuyo fin era designar el presunto heredero del poder. Sin duda, al principio, los emperadores, deseosos de escoger su sucesor, utilizaron las formas de la adopción -o más propiamente, tratándose generalmente de "sui iuris", la forma de la arrogación- de Derecho privado, como Augusto y Claudio al adoptar, respectivamente a Tiberio y Nerón (83). Pronto, sin embargo, esta adopción peculiar se destacó de las instituciones de Derecho privado para convertirse simplemente en un acto político desprovisto de las formas y los

efectos de la adopción ordinaria (84). Un papel parecido, guardando siempre las necesarias distancias, desempeñó la adopción en el antiguo Derecho ruso, tal como se encuentra en el Synod Zakónov de 1.832, que establecía diferentes variedades de adopción según los interesados perteneciesen a la nobleza, a la burguesía, a los mercaderes o a los campesinos, y consideraba la adopción -organizada siempre en favor de la familia adoptante, de cuya línea el adoptado era mero instrumento de perpetuación- como uno de los posibles medios para asegurar la transmisión de los títulos nobiliarios.

Las adopciones políticas del género de las que practicó la Revolución Francesa cuando, por ejemplo, la Convención decidió que la hija de Lepelletier de Saint-Fargues sería "adoptada por la Nación" (85) o Napoleón, al declarar por Decreto de 7 de diciembre de 1.805 que "adoptaba" a los hijos de los generales, oficiales y soldados muertos en la batalla de Austerlitz, quedan fuera de nuestro estudio, como igualmente las referentes a los "pupilos de la Nación", nombre con el que se conoce a los huérfanos de los combatientes en las dos últimas guerras mundiales "adoptados" por las respectivas naciones. Así, el a. 1º de la ley francesa de 27 de julio de 1.917 dispone que "Francia adopta a los huérfanos cuyo padre, madre o sostén familiar han perecido durante la guerra de 1.914, víctima militar o civil del enemigo" (86).

La adopción practicada por los miembros de la familia real monegasca puede comprenderse, sin dificultad, entre las adopciones de Derecho público. Tal adopción ha de ser llevada a cabo por el príncipe reinante o, con su consentimiento, por el príncipe heredero (artº 1º de l'Ordonnance de 30 de octubre de 1918) que carezcan de descendientes legítimos (artº 2º de l'Ordonnance de 15 de mayo de 1.882). El adoptado ha de tener 18 años cumplidos (a. 2º Ord. 1.918). La escritura de adopción se autoriza por

el Presidente del Consejo de Estado, en presencia de testigos (a. 3º Ord. 1.918) y se transcribe en el Registro del estado civil de la real familia, a la vez que en los registros del Tribunal de Apelación, en cuyos archivos se deposita (a. 4º Ord. 1.918). El adoptado sucede de pleno derecho al adoptante en todos sus títulos y prerrogativas, especialmente en sus derechos a la Corona (a. 2º Ord. 1.882), salvo superveniencia de descendientes legítimos al adoptante (idem. id. párr. 3º). Una de estas adopciones tuvo lugar a favor de la princesa Carlota, madre del príncipe actualmente reinante.

El primer problema que se plantea al hablar de "clases" de adopción es de índole terminológica. Porque los autores, con carácter general, comienzan por destacar la tendencia de las legislaciones actuales a reducir las clases de adopción, por oposición al criterio imperante en la etapa codificadora, sin tener en cuenta que si dan a la palabra "clases" un sentido amplio, equivalente a la de formas o variedades de la adopción, tantas diversidades de esta se encuentran en las legislaciones actuales como en las pasadas. Dicha tendencia legislativa debe entenderse en el sentido de que la inmensa mayoría de las legislaciones tan solo conocen una clase de adopción, con independencia de las especies que dicha clase pueda presentar. Para entender bien esto debemos comenzar por precisar que se entiende por "clases" de adopción. No sabemos si nuestro legislador ha empleado conscientemente, con pleno sentido de su alcance, la palabra "clases" de adopción en el párrafo 2º del número 2º de la exposición de motivos. Si ha sido así, hay que felicitarle, aún cuando en algún artículo del Código civil (v. gr.: el 166) se hable de "forma" en vez de "clase" de adopción, descuido que debía haberse evitado, por cuanto la voz "clase" indica que las diferencias existentes no son puramente formales ni accidentales, sino que afectan

a la misma sustancia de la institución. Es, pues, en este sentido en el único que cabe afirmar la tendencia de las legislaciones actuales a la simplificación (con las excepciones de algunos países, como Francia y España), mas no si atendemos a las variedades de la adopción. Así, por solo citar el ejemplo más característico, recordaremos que el Código francés de 1.804 admitía las siguientes especies de adopción:

1. La adopción de los mayores de edad, regulada en el antiguo artº 346, cuyos requisitos eran rigurosos (87).

2. La adopción remuneratoria, cuando el adoptado hubiera salvado la vida al adoptante en combate, incendio o naufragio (a. 345) con requisitos más sencillos que la anterior.

3. La tutela oficiosa para los menores de edad (aa. 361-370), destinada a permitir la

4. Adopción testamentaria, una vez transcurridos cinco años de la tutela antedicha siempre que el testador no deje hijos legítimos (a. 366).

Los autores discutían sobre si podía considerarse a la tutela oficiosa como una especie de adopción, por cuanto ni siquiera tenía el nombre de esta y sus efectos eran muy débiles. Nosotros creemos que estando dividido el antiguo título VIII del Código Napoleón en dos capítulos, relativo el primero de ellos a la adopción y el segundo a la tutela oficiosa y habida cuenta que la adopción testamentaria, cuyo carácter de verdadera adopción nadie discute, aparecía como una subespecie de la tutela oficiosa (el artº 366 pertenece al capítulo II y el testador adoptante ha de ser el propio tutor oficioso), lo más seguro es distinguir dos clases de adopción: la ordinaria, o de los mayores de edad y la tutela oficiosa, cuyas respectivas especies son la adopción remuneratoria y la adopción testamentaria (88).

El Código francés actual, después de la reforma del D-L. de 29 de julio de 1.939, distingue claramente la adopción -regula

da en el capítulo 1º del título VIII, aa. 243-367- de la legitimación adoptiva -a la que se refiere el cap. 2º del citado título, comprensivo de los aa. 368 a 370. En cambio, no merecen la denominación de clases de adopción, sino tan solo de modalidades de la misma, por cuanto los requisitos y efectos no difieren sensiblemente de los exigidos para la adopción o la legitimación adoptiva que son las dos únicas que, en rigor, merecen tal calificativo:

a) La adopción realizada por los dos esposos conjuntamente, en la que basta que uno de ellos tenga treinta y cinco años cumplidos (la edad ordinariamente exigida es de 45 años), no se encuentren separados, lleven diez años de matrimonio y carezcan de hijos legítimos (artº 344, párrs. 1º y 2º).

b) La adopción por el segundo consorte de los hijos habidos por su cónyuge en un matrimonio anterior, para la que se rebaja la diferencia de edad entre adoptante y adoptado de 15 a 10 años y aún puede ser reducida por dispensa del Jefe del Estado (artº 344, párr. 3º).

c) Las adopciones mixtas, permitidas por el a. 345 al manifestar que "un francés puede adoptar a un extranjero o ser adoptado por un extranjero", cuyo estudio es materia del Derecho Internacional privado.

d) La adopción excepcional, así llamada porque frente a la regla general del a. 351 (el adoptado continúa formando parte de su familia natural y conserva en ella todos sus derechos) establece el artículo siguiente que "... el tribunal, al homologar la escritura de adopción, puede, previa solicitud del adoptante y si se trata de un menor de 21 años, decidir después de la información, que el adoptado cesará de pertenecer a su familia por naturaleza..." Este artº 352 no ha tenido las graves consecuencias que se presunían de su redacción (habida cuenta que mediante la exclusiva solicitud del adoptante puede romperse el vínculo

lo entre el adoptado y su familia por naturaleza, con el consiguiente perjuicio para el primero, en el aspecto sucesorio singularmente) porque la jurisprudencia lo ha aplicado tan solo a niños abandonados o cuyos padres se desconocen o han muerto, para los cuales no ofrece peligros la ruptura de dicho vínculo.

e) La adopción póstuma, que tiene lugar cuando el adoptante fallece antes de terminarse todas las formalidades del procedimiento, pero después de presentada la solicitud de homologación en cuyo caso se prosigue hasta la aprobación por el tribunal, si ha lugar (a. 386). En cambio, si el fallecimiento del adoptante es anterior a la presentación de la solicitud de homologación, la adopción resulta imposible (Req. 17 de julio de 1.934; S. 1.934-1-384; D. H. 1934.506).

De las dos clases de adopción conocidas por el Derecho francés, adopción ordinaria y legitimación adoptiva, tan solo hacemos a continuación un resumen de la segunda, por la novedad que entraña, ya que, además, hemos de referirnos más ampliamente a ambas en el presente estudio.

La legitimación adoptiva tan solo es posible a favor de los menores de cinco años abandonados por sus padres (89) o cuyos padres se desconocen o han muerto (a. 368). Las principales dificultades que ha planteado la interpretación del texto legal, que serán objeto de ulterior estudio, pueden resumirse así: en primer lugar, la jurisprudencia ha tenido que decidir si es preciso que los padres sean desconocidos "de hecho" o si basta que el vínculo de filiación no se encuentre establecido legalmente; por otra parte, se ha preguntado si se requiere que el abandono sea definitivo y cuando adquiere este carácter. Solo pueden solicitarla los cónyuges no separados, de los cuales uno tenga, al menos, 35 años cumplidos, lleven más de 10 años de matrimonio, en rescán de hijos y descendientes legítimos (90) y procedan conjun-

tamente (artº 368 en relación con el 344). La legitimación adoptiva es declarada por el tribunal en Audiencia pública, previa solicitud. La Administración del establecimiento o la persona que educó al adoptado es llamada obligatoriamente a emitir su parecer (a. 369). El así adoptado cesa de pertenecer a su familia natural y tiene los mismos derechos y obligaciones que si fuera hijo nacido del matrimonio de los adoptantes (a. 370, p. 1º). Al contrario de lo que sucede en la adopción ordinaria, la legitimación adoptiva es irrevocable (a. 369, párr. 3º).

Inspirándose en la ley francesa de 1.939, la uruguayana de 20 de noviembre de 1.945 (nº 10.674), modificada por la de 26 de diciembre de 1.957 (nº 12.468), estableció la legitimación adoptiva superando a su modelo en punto a radicalismo. Así, el secreto se lleva a tal extremo que, según el a. 2º de la ley, cuando se desea adoptar a dos o más menores al mismo tiempo y no existe la diferencia de 180 días entre sus nacimientos respectivos, el Juez está autorizado para modificar las fechas de dichos nacimientos para ponerlas de acuerdo con el plazo mínimo, con objeto que no pueda deducirse de ellas que el hijo no ha sido fruto del matrimonio. La ley autoriza, como puede observarse, una verdadera falsificación de las actas registrales. En la regulación de quienes pueden ser adoptados sigue a la ley francesa, con la diferencia de que la edad límite es mucho más elevada (18 años según el artº 1º) y aún diferentes disposiciones transitorias han venido autorizando la legitimación adoptiva de mayores de 18 años, sin límite de edad. El artº 2º dispone, para evitar dificultades prácticas, que la condición de menor abandonado se prueba por sentencia firme, que tenga la autoridad de cosa juzgada, declaratoria de la pérdida de la patria potestad. Pueden solicitar la legitimación ambos cónyuges que lleven más de cinco años de matrimonio, mayores de 30 años y

que hayan tenido al adoptando bajo su guarda durante tres años por lo menos. El marido debe tener con el adoptando una diferencia de edad de 17 años y la mujer de 15, si bien el juez puede autorizar la legitimación adoptiva siempre que la diferencia de edades, aunque inferior a esas cifras, sea sin embargo suficiente para que el adoptado pueda ser considerado como hijo de los adoptantes. También está permitida al viudo o viuda y a los esposos divorciados, con tal que haya acuerdo entre ellos, cuando el plazo de tres años ha comenzado a correr durante el matrimonio y terminado después de su disolución (a. 1ª). La legitimación adoptiva se acuerda por el juez de menores, previa audiencia del Ministerio Público (a. 2ª). El procedimiento es escrito, secreto y gratuito (a. 6ª). La legitimación adoptiva es irrevocable y asimila al adoptado a los hijos legítimos del adoptante, si bien subsisten las prohibiciones matrimoniales respecto a su familia por la sangre (91).

En Luxemburgo subsiste, al lado de la adopción ordinaria, la tutela oficiosa. Es este, después de la reforma operada en Bélgica por la L. de 22 de marzo de 1.940, el único país europeo donde se mantiene íntegramente en vigor la reglamentación del Código Napoleón de 1.804, con las diferentes variedades de adopción ordinaria, remuneratoria, testamentaria, etc. Por lo dicho anteriormente, solo consideramos como clases de adopción la ordinaria y la tutela oficiosa, por mas que esta pudiera ser calificada de institución complementaria de la adopción. Como de la adopción hemos de ocuparnos a lo largo de estas páginas, tan solo haremos un resumen de la tutela oficiosa, a la que se refieren los artículos 361 al 370 del Código civil.

Esta institución por la cual una persona, mayor de 50 años, sin hijos ni descendientes legítimos, se vincula a un menor de 15 años por un título legal, está sometida, en cuanto a la per

sona del tutor, a parecidos requisitos que la adopción: consentimiento de los padres del adoptado, del Consejo de familia o de los administradores del Establecimiento en que haya sido recogido o del municipio en que resida (aa. 360-362). El procedimiento es verbal, ante el juez de paz del domicilio del menor (a. 363). El tutor contrae la obligación de alimentar, educar y enseñar una profesión u oficio al pupilo ("colocarlo en situación de ganarse la vida", dice el a. 364), bajo pena de indemnización por su negligencia (a. 369). Si el tutor oficioso, una vez transcurridos cinco años de tutela y previendo su fallecimiento antes de la mayor edad del pupilo, le adopta en su testamento, tal adopción será válida siempre que el tutor no deje hijos legítimos (a. 366).

La misma tutela oficiosa es mantenida en Bélgica, a pesar de que esta institución parece perder su razón de ser desde el momento en que, como sucede en este país a partir de la L. de 22 de marzo de 1.940, se permite la adopción de los menores. No obstante, el legislador belga la ha conservado con la intención de que constituya una especie de período probatorio anterior a la adopción y con el deseo de que contribuya a aumentar el número de adopciones (92). Sus caracteres son los mismos que tenía anteriormente y acabamos de exponer, modificándose tan solo algunos puntos concretos. Así, basta que el tutor tenga más de treinta años (a. 361).

En Perú la regla general es que en virtud de la adopción, el adoptado adquiere la cualidad de hijo legítimo del adoptante (a. 322 del C. c.). No obstante, según los aa. 344 y ss., los efectos de la adopción pueden ser limitados por decisión especial de las partes siempre que el adoptado sea menor de 15 años, a la obligación para el adoptante -transmisible a sus herederos- de alimentar, educar y dar una profesión al adoptado (es

claro que se trata de una especie de tutela oficiosa). La norma general es que semejante adopción menor plena cesa por la mayoría de edad del adoptado, siempre que esté en condiciones de ganarse la vida, pues de lo contrario la obligación contraída por el adoptante de darle una carrera u oficio subsiste inclusive después de la mayoría de edad del adoptado (a. 347).

El Código italiano de 1.942 ha introducido, bajo la denominación de "affiliazione", una institución nueva, regulada en el libro I, título XI, artículos 400 a 413 del C. c., bajo la rúbrica "Dei minori affidati alla pubblica o alla privata assistenza e dell'affiliazione". Se trata de una especie de pequeña adopción, que solo crea un vínculo quasi-familiar análogo a la tutela (93) y, en este sentido, se parece a la tutela oficiosa. Tan solo pueden ser objeto de ella los menores de 18 años, nacidos de padres desconocidos o recogidos en un establecimiento benéfico o que se encuentran en estado de abandono material o moral o, en fin, que sean hijos naturales reconocidos solo por su madre (a. 401). El Tribunal Supremo ha negado este beneficio a los hijos adulterinos (S. de 13 de marzo de 1.943) (94), en contra del criterio mantenido por los tribunales de Turín (S. de 20 de noviembre de 1.949) (95) y Nápoles (S. de 2 de mayo de 1.951) (96). La ley establece que la persona que educa al menor o aquella a quien le ha sido confiada por el Establecimiento benéfico puede, al cabo de tres años, solicitar la "afiliación", incluso aunque tenga hijos legítimos. Se precisa la homologación del tribunal, previo examen por el juez de tutelas de las condiciones familiares, morales y económicas de las partes. El "afiliante" puede ser privado de la patria potestad que ejerce sobre el menor por su mala conducta o por imposibilidad de ejercicio, en cuyo caso puede el juez revocar la afiliación. Esta revocación es también posible por motivos graves, a solicitud del Establecimiento benéfico (aa. 410-411); en los restantes casos

se necesita el consentimiento del "afiliante" (L. de 9 de noviembre de 1.955) (97).

Existen en Rusia ciertas instituciones que deben relacionarse con la adopción, si bien no pueda decirse de todas ellas que constituyen clases de la misma. Tales son:

A) La adopción de hecho.— Se entiende por tal, como indica su nombre, el hecho de velar para que el adoptado reciba educación, de un modo permanente, acogiéndole como si fuese hijo propio. Aunque no reviste ninguna de las formalidades prescritas por la ley para la adopción, dicho acto ha sido reconocido como tal y el Tribunal Supremo de la U. R. S. S. aplica a las relaciones derivadas de esta situación la ley relativa a la adopción, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica (98). La constatación de existir esta adopción entra en la competencia del tribunal, al cual se pueden dirigir tanto el adoptado de hecho como el adoptante, siempre que aquél haya alcanzado la mayoría de edad o cualquiera de ellos haya fallecido en el momento en que es necesaria dicha constatación (v. gr.: para obtener una pensión, entrar en posesión de la herencia, etc.). El procedimiento es el típico de los actos de familia, transformándose en contencioso si en el curso del mismo surge alguna oposición.

B) El "Prinatchestvo" (99) o acogimiento.— Es la admisión de un tercero en el seno de una familia campesina, fundada en el acuerdo entre los miembros de esta y la persona admitida ("primak"). Se trata de una institución que más bien pertenece al Derecho agrario, puesto que su finalidad es obtener brazos para la explotación de la tierra, distinguiéndose de la adopción principalmente en los extremos siguientes: 1) Se practica con el fin de procurarse mano de obra suplementaria en una explotación agrícola, mientras que la adopción tiende a mejorar las condiciones de educación del adoptado; 2) el "primak" puede ser mayor o me-

nor y el adoptado ha de ser mayor; 3) se practica solo entre las familias campesinas, mientras que la adopción es más general; 4) se necesita el consentimiento de todos los miembros de la familia, mientras que para adoptar basta el consentimiento del cónyuge.

C) El patronato.— Es un contrato por el que una persona se obliga a educar al hijo de otra. Su parecido con la adopción deriva de exigirse al patrono los requisitos que se exigirían al adoptante y de que pueden beneficiarse del mismo, además de los hijos de padres vivos con el consentimiento de estos, los huérfanos y los hijos de padres desaparecidos, así como los abandonados. Se diferencia de la adopción en que solo dura hasta que el menor alcanza los 14 o 15 años, o hasta los 16 si continúa sus estudios y, todo lo más, hasta los 18 si las notas escolares son "notable" o "excelente". También termina por decisión judicial si el patrono incumple sus obligaciones, que son, fundamentalmente, las de mantener, educar y preparar al menor para desempeñar una actividad útil en la sociedad, para lo cual recibe una subvención mensual del Estado. Este carácter público del contrato se manifiesta, además, en que son partes del mismo, además del patrono, el órgano local del Ministerio de Educación Nacional o del de Sanidad (para los menores de tres años) en las ciudades, y la Caja Social de ayuda mutua del "koljose" en los medios rurales. Al finalizar el patronato desaparecen todos los vínculos que habían unido al patrono con el menor.

Hasta el pasado siglo han llegado en nuestra Patria las dos variedades romanas, la adopción y la arrogación, a través de las Partidas; nuestro Código civil, sin embargo, no recogió la mencionada distinción, que carecía ya de razón de ser, como tampoco se hizo eco de la diferencia existente en el Dere-

cho justiniano entre la adopción plena y la menos plena (101). De modo que bajo la vigencia de la primitiva redacción del Código civil no era posible señalar diferentes clases de adopción. Solo al margen del mismo se regulaba la adopción de los acogidos a Casas de expósitos y otros Establecimientos benéficos por la L. de 17 de octubre de 1.941, que ha sido derogada (salvo su artº 7º que establece la gratuidad del procedimiento) por el artículo 5º de la ley de 24 de abril de 1.958, la cual ha tomado como punto de partida para la reforma del Código civil, según expresa su preámbulo, "la distinción de dos clases de adopción: la plena y la menos plena. La plena se reserva exclusivamente a los abandonados y expósitos. Cuestión especial se ha hecho de tal terminología, sin echar en olvido que habrá de tener en los primeros momentos el inconveniente de la novedad. Pero otros términos como "acogimiento", "afiliación", "prohijamiento", tienen su propio significado, y su empleo para la adopción podría resultar perturbador". En este extremo le asiste la razón al legislador, y aún estimamos que "adopción plena" es una expresión más feliz que la de "legitimación adoptiva" empleada por el Código francés, censurada justificadamente por Jossierand (102). La adopción menos plena "se configura en términos muy semejantes a los que el Código civil ha venido dedicando a la única clase de adopción por él admitida", si bien "se ha procurado suplir algunas omisiones y aclarar las dudas que la aplicación práctica del texto legal había puesto de relieve".

Ambas clases de adopción se diferencian por sus requisitos y efectos (a. 172). Por regla general, los requisitos exigidos para la adopción plena representan un "plus" en relación con los requeridos para la menos plena, sin que esto entrañe merma de la protección otorgada por el legislador a una determinada categoría de seres (abandonados y expósitos), sino, pre

eisamente, una garantía de que dicha protección será eficaz. A grandes rasgos, las diferencias son las siguientes: A) En cuanto a los adoptantes: solo pueden adoptar plenamente las personas en estado de viudez y los cónyuges en común, mientras que la adopción menos plena está permitida a los célibes y a uno solo de los cónyuges; B) en cuanto a los adoptados: se circunscribe la adopción plena a los abandonados y expósitos que habrán de ser, en todo caso, mayores de tres años, en tanto que pueden ser objeto de adopción menos plena todas las personas, cualquiera que sea su edad; C) en cuanto al procedimiento, que normalmente será para la adopción plena, en su fase judicial, el del párrafo segundo del artº 176.

Como indica su nombre, la adopción plena produce unos efectos más fuertes que la adopción menos plena, manifestándose tal radicalismo en los siguientes aspectos: A) extinción de la patria potestad al fallecimiento del adoptante, si el adoptado plenamente es menor, mientras que en la adopción menos plena cabe sean llamados los padres por naturaleza a ejercerla; B) al adoptado plenamente se le conceden derechos hereditarios por ministerio de la ley (es heredero forzoso) en la herencia del adoptante, y a éste en la de aquél, dándose además la representación a favor de los descendientes legítimos del primero; en cambio, el adoptado menos plenamente no es heredero forzoso del adoptante, ni sus descendientes legítimos heredan por representación; C) El adoptado plenamente, aunque conste su filiación, ostenta como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes, mientras que en la adopción menos plena el uso del apellido del adoptante es facultativo y condicionado al pacto existente en la escritura.

La distinción entre dos clases de adopción, plena y menos plena, merece, en principio, un juicio favorable, pues, en efecto, la familia del adoptado puede ser conocida o desconocida: si lo primero, lo más lógico es que no tenga lugar un desplazamiento

to total de afectos y será conveniente la adopción menos plena; en el segundo caso, como no existirá posible pagna afectiva, estará más indicada la adopción plena. La mencionada distinción no entraña, sin embargo, una profunda innovación respecto a la legislación anterior, puesto que en esta existía la adopción regulada por el Código civil, que viene a ser la menos plena actual (103), y la regulada por la L. de 17 de octubre de 1.941, cuya derogación nos indica ha venido a quedar refundida en la actual adopción plena, siquiera esta vaya más allá que la ley citada en cuanto que su misma estructura es más compleja.

Nuestra legislación conoce instituciones similares a la adopción, como son el prohijamiento y el acogimiento familiar, que merece la pena examinar, siquiera brevemente, entre otras razones porque el artº 178, párrafo 2º, del Código civil exige para autorizar la adopción plena de los mayores de 14 años su previo prohijamiento y, por otra parte, ha existido sobre todo por lo que respecta al prohijamiento y a la adopción, una triple confusión, legal, jurisprudencial y doctrinal. Rastro de la primera se encuentra en las Partidas que, como hemos visto, definen la adopción como prohijamiento: "Adoptio en latín tanto quiere dezir en romance como porhijamiento..." (Part. IV, tít. XVI, ley 1ª) e incluso se encuentra en Códigos modernos, como el guatemalteco de 1.877 (a. 267). La misma jurisprudencia no se ha visto libre de caer en la confusión, y así la S. de 19 de abril de 1.915, relativa a la sucesión abintestato de los hijos adoptivos, manifiesta: "La solución negativa a la sana doctrina expuesta se separa del canon de una recta interpretación, pues si se viera el pasaje segundo de los tres que complementan el artº 277 del C. c. única y exclusivamente en su rigurosa desnudez... con esta inesperada transformación de espíritu... desaparecería el concepto fundamental, base de este linaje de familia, que es

preciso salvar, y como consecuencia, a la vez que la paternidad solemnemente declarada, las prerrogativas personal que al igual casi de los legítimos adquieren por ella los hijos adoptivos, de donde se infiere que las PERSONAS PROHIJADAS, ya que el silencio del legislador no prueba nada, deben ocupar dentro de los órdenes de sucesión un lugar adecuado a su especial condición."

En cuanto a la doctrina, Vise define la adopción como una especie de prohijamiento y en el Diccionario de Derecho privado editado por Labor puede leerse: "Prohijamiento.- Acto jurídico por el cual una persona recibe como hijo adoptivo a un expósito o niño abandonado por sus padres y recogido en Establecimiento de Beneficencia pública." Rafael Ramos, en su obra "Capacidad de los menores para contratar y obligarse" (2ª edic., Madrid, 1.891, págs. 210 y ss.) incurre en la misma confusión al decir que "para que el prohijamiento surta efectos habrán de cumplirse los requisitos que exige el Código al hablar de la adopción".

La confusión puede tener su origen en que filológicamente adopción y prohijamiento son palabras sinónimas. Pero no cabe por eso desconocer que desde el punto de vista jurídico existe entre ambas una diferencia no menos neta, según manifiesta la S. de 5 de marzo de 1.934, que la que existe entre ellas y el acogimiento, de tal modo que cabe hoy destacar estas tres categorías o matices de la relación familiar o cuasi-familiar que se constituye por el hecho de recibir como hijos o cuando menos como conviventes y protegidos, a quienes no lo son por naturaleza: la adopción, caracterizada por la forma civil y solemne del acto y por su permanencia y efectos garantizados por las leyes civiles; el prohijamiento, caracterizado por su forma administrativa y no solemne, pero sí constatada oficialmente, y por la garantía indirecta que a la relación jurídica presta la intervención de un organismo público, como la Comisión provincial, que ha de velar en todo momento por que no se cause perjuicio algu

no al prohijado, y, en fin, el acogimiento, que se distingue por la forma meramente privada bajo la que se realiza el acto y por la ausencia de toda garantía que impida a quien acoge responder por la relación con el acogido en el momento en que lo tenga por conveniente (104).

Según Macius Maevola (105), la primera disposición que encontramos en la que se habla del prohijamiento de los expósitos es la Real Cédula de 11 de diciembre de 1.796, o sea la ley 5ª del título XXXVII del libro VII de la Novísima Recopilación, pero donde verdaderamente se fijó aquel derecho fue en los aa. 65 al 70 de la Ley de Beneficencia de 23 de enero de 1.822, restablecida en 1.836, cuya doctrina se recogió en el Reglamento de 14 de mayo de 1.852 para la ejecución de la ley de 20 de junio de 1.849, que organizó la Beneficencia, singularmente en su artº 22: "Los niños expósitos o abandonados que no fuesen reclamados por sus padres, y los huérfanos de padre y madre, podrán ser prohijados por personas honradas que tengan posibilidad de mantenerlos, todo a discrección de la Junta Provincial de Beneficencia; pero este prohijamiento no producirá más efecto que el que determinen las leyes". Un espíritu amplio y tolerante presidía en punto a las formalidades a seguir para el prohijamiento de expósitos, como se comprueba en la R. de 27 de diciembre de 1.889. Actualmente rigen normas semejantes, abriéndose el oportuno expediente ante las Comisiones provinciales de Beneficencia. Corresponde prestar el consentimiento al Jefe de la Casa de Expósitos (a. 46, párr. 5ª) previo informe de la Junta de Protección de Menores (D. de 2 de junio de 1.944, a. 7ª). Por otra parte, los reglamentos de los Establecimientos suelen contener disposiciones sobre el particular. Así, el a. 84 del de la Inclusa de Madrid, establece: "Las solicitudes de prohijamiento serán formuladas mediante instancia ante la Dirección del Establecimiento. Dichas solicitudes podrán ser cursadas única-

mente por personas casadas o viudas, de intachable conducta, siempre que se hallen en condiciones para poder sostener y educar el niño que soliciten, y en las legales que fueren precisas si hubieren de adoptarle.

"En manera alguna podrán ser entregadas en concepto de prohijados niños que no hayan ultimado su periodo de destete, salvo casos excepcionales en que, por las condiciones de los solicitantes y los datos que aporten, entendiera la Corporación que pudieran ser entregados, sin perjuicio de requerir periódicamente, si lo estimase preciso, el oportuno informe de su Cuerpo de Letrados.

"A toda concesión de prohijamiento precederán las necesarias informaciones y compulsa de datos y antecedentes que por la Dirección sean interesados, inexcusablemente, mediante los oportunos y favorables informes de las Autoridades sobre las particulares circunstancias propias de cada caso y en relación con la edad, conducta, situación económica y demás extremos en relación con los prohijantes que estime conveniente solicitar.

"La entrega de prohijados se efectuará mediante acta duplicada, que firmarán los solicitantes con el Director y dos testigos que paguen Contribución Industrial o Territorial, o sean empleados del Estado, Provincia o Municipio, o del Organismo o entidad constituida con carácter permanente.

"La Dirección, en el ejercicio de funciones delegadas por la Excm. Diputación Provincial, tendrá siempre derecho sobre los acogidos, varones o hembras, estén o no prohijados, para hacerles volver al Establecimiento, siempre que en beneficio de los mismos considere conveniente adoptar dicha medida."

Para evitar que los prohijados tengan peor condición que los no prohijados, dispone el a. 86, párr. 3º del citado Reglamento que "los prohijantes de acogidos de la Institución vendrán obligados a adoptar al niño o niña que tuvieren en su poder en el

momento en que reúna las condiciones que para la adopción se consignan en la legislación vigente."

En cuanto a los efectos del prohibiamiento, la cuestión es debatida, debido al inciso último del a. 22 del Regl. de 1852, que han venido copiando las ulteriores disposiciones legales. Con tal motivo no es extraño encontrar quienes, como Ramos, en la obra citada anteriormente, entienden que la patria potestad del prohibido no la tiene el prohibante, sino el jefe del Establecimiento, mientras que otros estiman, con Vives y Villamagres (106), que existe una prescripción "sui generis" (decadencia o caducidad) de la patria potestad de los padres naturales y que, en caso de conflicto, debe prevalecer la patria potestad del prohibante.

El acogimiento o colocación familiar ha sido regulado por la O. de 12 de abril de 1.937, cuyo artº 1º dispone que los menores huérfanos y abandonados podrán ser recibidos: a) con carácter permanente; b) con carácter temporal hasta la edad o momento que se estipule en cada caso. Las personas a quienes se entreguen los niños, establece el a. 8º, están obligadas a dar la instrucción escolar hasta los 12 años. La tutela correspondiente a los acogidos se ejercerá por las Juntas locales de colocación familiar, bajo la inspección de la Junta provincial de Beneficencia y del Gobierno general del Estado, quienes investigarán... como cumplen aquellos su obligación tutelar. La representación en juicio estará a cargo del Ministerio Fiscal (a. 9º). Si en cualquier momento apareciese el padre o tutor legal de alguno de los niños colocados, podrá reclamarlo, de acuerdo con lo dispuesto en las leyes y reglamentos vigentes (a. 12).

SEGUNDA PARTE

REQUISITOS DE LA ADOPCION

CAPITULO I

SUMARIO.→ Requisitos de la adopción: división.— 1. Requisitos de fondo.— A) Requisitos generales: a) justos motivos de la adopción; b) ventajas para el adoptado.— B) Requisitos en cuanto al adoptante: a) edad; b) pleno uso de sus derechos civiles; c) diferencia de edad; d) no existencia de hijos ni descendientes; e) consentimientos: a') del adoptante; b') de su cónyuge; f) otros requisitos; g) especialidades de la adopción plena.

Las importantes consecuencias que produce la adopción hacen preciso que el Poder público señale los requisitos necesarios para que pueda llevarse a efecto. Se trata nada menos que de un acto con trascendencia para el estado civil de las personas, creador de un "status", el de adoptado, que, como tal, necesita ser severamente controlado. No se puede dejar a los particulares libertad de contratación en este punto porque la adopción no es un contrato. Si aún dentro de estos hay materias, como la concerniente a la capacidad de las partes, que exceden de la libre disposi-

ción de los sujetos ¿puede extrañar que la adopción lleve consigo una reglamentación legal minuciosa? Lejos de ello, las personas que, por sus cargos, intervienen en este delicado acto desearían encontrarse, en muchos casos, con una mayor protección de los eventuales derechos del adoptado y una más eficaz defensa de la ley que impidiesen tanto las adopciones lesivas como las fraudulentas. En suma, que en este extremo más bien se peca por defecto que por exceso, dejando lagunas legales y no concediendo el suficiente arbitrio judicial para llenarlas.

Al hablar de los requisitos de la adopción, la primera distinción, común a todas las legislaciones que la consagran explícita e implícitamente, es entre requisitos de fondo y requisitos de forma. La utilidad de esta distinción se muestra de singular valor en la sistemática ya que, si bien no existe inconveniente en hablar de requisitos de fondo de la adopción, sería quizá más exacto referirse al procedimiento a seguir para la misma en lugar de hacerlo a requisitos de forma (107). A su vez, dentro de los requisitos de fondo, puede hablarse de requisitos generales, que afectan al conjunto de la institución, y de requisitos personales, referidos al adoptante y al adoptado. Con objeto de resaltar las respectivas diferencias examinaré dentro de cada apartado los exigidos para las dos clases de adopción que conoce nuestro Derecho, con lo cual se evitan repeticiones enojosas y remisiones, que restarían claridad expositiva. De tal modo que siempre que no se haga discriminación debe entenderse que la doctrina es común, válida para ambas clases de adopción (108). El principio general es que para la adopción plena se exigen los mismos requisitos que para la menos plena más otros peculiares.

Los requisitos generales son aquellos que no afectan de modo especial al adoptante ni al adoptado, sino a la institución considerada como un todo. Por lo mismo no pueden fijarse de un modo absoluto, con líneas claras y precisas, como se determina,

por ejemplo, el requisito de la edad, sine que la dicción legal al referirse a los mismos ha de ser necesariamente un poco vaga y abstracta, dejando margen al juzgador para pronunciarse sobre su falta o existencia en cada caso. Tales son los justos motivos de la adopción y las ventajas para el adoptado, términos que de ninguna manera deben confundirse como sinónimos.

Que la adopción esté inspirada por justos motivos y, a la par, presente ventajas para el adoptado es exigencia legislativa universal. Por ello, sin ánimo exhaustivo, solo citaremos las siguientes legislaciones en que se reconoce expresamente: Bélgica (a. 343), Dinamarca (a. 8), R. Dominicana (a. 343), Francia (a. 343), Gran Bretaña (a. 3^a), Grecia (a. 1.578), Hungría (a. 49), Italia (a. 312), Méjico (a. 390), Perú (a. 326), Suecia (FB., cap. IV, a. 6), Suiza (a. 267) y Venezuela (a. 275).

A la existencia de estos requisitos se refería el antiguo a. 178, in fine, de nuestro C. o.: "... el juez, previas las diligencias que estime necesarias, aprobará la adopción, si está ajustada a la ley y la cree conveniente al adoptado." A mi entender, que la adopción esté ajustada a la ley quiere significar tanto el cumplimiento de las formalidades legales como que los motivos de la adopción sean justos, esto es, que no se realice en fraude a la ley. Esta interpretación se refuerza por la idea escasamente formalista que inspiraba la redacción de dicho artículo y porque al cumplimiento de los trámites oportunos se refieren, además del principio del citado artículo, las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento civil.

Para que el juez aprobase la adopción requería el Código, siempre en su primitiva redacción, además de lo expuesto, que el mismo juez crea la adopción conveniente al adoptado. ¿Y que es creer la adopción conveniente al adoptado sino reconocer la existencia de ventajas para el mismo si dicho acto se lleva a cabo? No se necesitan más argumentos para encontrar exigidos en nuestra derogada legislación las condiciones del a. 343 del Código Napp

león: "La adopción no puede tener lugar más que si existen justos motivos y si presenta ventajas para el adoptado."

¿Es posible continuar afirmando la exigencia de tales requisitos a la vista del actual a. 176? La respuesta no es cosa baladí, pues de que se autorice o no al juez para penetrar en la entraña del acto dependen cuestiones importantísimas, tales como la defensa del adoptando, la posibilidad de evitar posibles conjeturas contra el mismo y la de dar un marchamo de legalidad a posibles actos fraudulentos. Se dirá que para estos casos existe la impugnación (excepción al principio de irrevocabilidad) a que se refiere el a. 175. Pero es que esta no puede satisfacer en tales casos habida cuenta de que la ley declara la subsistencia de los efectos ya consumados (a. 175, párr. penúltimo), aparte de las limitaciones con que aparece concebida y la dificultad de la prueba que, en muchos casos, hará que no prospere. Y aún en el supuesto de declararse la nulidad con efectos retroactivos, caso extremo, ¿hasta donde llegará la eficacia de la pretendida retroactividad? Aparte de que, una de dos, el acto es inmoral y el Derecho no debe autorizarlo o si es en principio lícito y se vicia posteriormente debe revocarse; como se ve, dos cuestiones distintas.

El actual a. 176 no recoge la redacción del antiguo a. 178 concerniente al extremo que nos interesa, ni otra semejante. Sin embargo pasa por alto el problema, como se le pasó sin duda al legislador, ya que la exposición de motivos nada dice sobre el particular para justificar el posible cambio de frente que, por ser demasiado grave, hay que entender no se ha producido. Igualmente, por tanto, al intérprete justificar su punto de vista.

El párr. 2º del actual a. 176 manifiesta que "el expediente se elevará al Juez, quien en el plazo de ocho días y previa oía del Ministerio Fiscal, lo aprobará o señalará las causas que lo impidan." Parece ser que este párr. se refiere tan solo al supuesto contemplado por el segundo apartado del citado artículo

(adoptando acogido a Establecimiento benéfico). Pero aunque el apartado primero, referente a los restantes supuestos, habla de un expediente en el que no se requiere el informe fiscal ni se alude para nada a una fase de investigación, como son "las comprobaciones necesarias" hechas por el Establecimiento, la subsistencia de las normas procesales y singularmente del a. 1.831 de la L.E.C. creemos resuelve el problema en sentido favorable sin género de dudas. De todos modos hubiera sido preferible mantener la antigua redacción, diciendo por ejemplo: El expediente se elevará al Juez, quien en el plazo de ocho días y previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo aprobará si la adopción está ajustada a la ley y la estima conveniente al adoptado o señalará las causas que lo impidan. En todo caso, para que esta disposición tuviera un alcance general debería constituir un párrafo aparte. En este sentido era mucho más clara y razonable la redacción del párr. 2º del a. 176 del Proyecto: "EL juez interrogará a cuantos intervengan en el expediente, sobre la conveniencia de la adopción y oirá al Ministerio Fiscal. Practicadas cualesquiera otras diligencias que estime necesarias, aprobará la adopción, si está ajustada a la Ley y la considera conveniente al adoptado."

¿Qué hay que entender por justos motivos y ventajas? O, dicho de otro modo, ¿cuando estará la adopción ajustada a la ley y será conveniente al adoptado? La jurisprudencia francesa ha entendido que en el término "ventajas" se comprenden tanto las materiales como las morales, destacando entre estas la identidad de creencias religiosas (109) y se muestra rigurosa en la apreciación de los justos motivos, manteniendo la tesis de que "los tribunales tienen un poder soberano en la materia" y deben investigar no solo el móvil que guía al adoptante, sino también el conjunto de los hechos que rodean la adopción para extraer de ellos las posibles intenciones de las partes (Sent. del trib. civ. de Briançon de 24 de mayo de 1.946, S. 47.2.57). Según la misma jurisprudencia existen justos motivos: en el deseo de evitar la

desaparición del apellido (Cass. civ. 14 de junio de 1.932; S. 35.1.271; D. P. 1932. 1.173), en la adopción de un hijo natural o adulterino e incluso en su legitimación adoptiva cuando la madre haya fallecido, si es para mejorar su situación mas no si se prueba que el adoptante tenía por único fin eludir la regulación de su unión libre con la madre del hijo (Cass. civ. 1º de abril de 1.846, S. 46.1.273; D. 46.1.81 y Sent. trib. civ. Briançon cit., confirmada por la Cour de Grenoble en 26 de febre de 1.947), en la adopción de un familiar o amigo perteneciente a una familia numerosa o en precaria situación económica. Del mismo modo estimamos que serán justos motivos el deseo de consagrar por la adopción vínculos afectivos, el de reemplazar con el adoptado al hijo fallecido, el deseo de recompensar al adoptado, el de dar al hijo natural un estatuto más favorable que el reconocimiento (para las legislaciones que asimilan los adoptados a los hijos legítimos), etc. Ahora bien deben existir al mismo tiempo las ventajas y los justos motivos, de tal modo que si uno de estos requisitos falta no puede tener lugar la adopción. Así, no puede concederse la del hijo adulterino, aún después de morir su madre, cuando de la oposición constantemente manifestada por esta en vida pueda deducir el tribunal, en uso de sus libres facultades de apreciación, que tal adopción no entraña los justos motivos exigidos por la ley.

La tesis sostenida por el Fisco francés de que la adopción fué verificada para eludir parcialmente los derechos que el adoptado tendría que pagar de otro modo al heredar al adoptante, fué rechazada por el Trib. civ. del Indre (S. 22 de noviembre de 1927, D. P. 1928.211) y después por el Tribunal de Casación (fallo cit. de 14 de junio de 1.932), así como por la mayor parte de los autores (v. gr.: Ripert, Lalen, Jousserand, Desbois) y ha perdido mucho, sino todo su interés desde que el a. 22 de la ley de Presupuestos de 16 de abril de 1.930 estableció que los derechos de mutación exigibles a las transmisiones por título gratuito entre adoptante y adoptado son, en principio, liquidados y percibidos

sin tener en cuenta los lazos de parentesco resultantes de la adopción, disposición que se encuentra confirmada por el a. 12 de la ley de 31 de diciembre de 1.938, el a. 107 del D-L. de 29 de julio de 1.939, el a. 21 de la L. de 30 de diciembre de 1.944 y el 9º de la de 31 de julio de 1.949, así como por el a. 784 del Código general de Impuestos: "Pour la perception des droits de mutation à titre gratuit, il n'est pas tenu compte du lien de parenté résultant de l'adoption." En nuestra Patria, carentes de una disposición similar, el problema conserva todo su interés y ha sido resuelto, en principio, en el mismo sentido por la S. de 30 de mayo de 1.951 (citada en las págs. 33-34 de esta obra), apoyándose en la de 15 de enero de 1.915. Según la misma, "la falta de pago del impuesto de derechos reales no desvirtúa la validez y eficacia de los documentos en orden a las relaciones civiles, y únicamente da lugar a medidas fiscales y correcciones administrativas señaladas por la ley."

Para estinar los justos motivos y ventajas de la adopción el juez español habrá de inspirarse en criterios análogos a los anteriormente expuestos y como el a. 176 exige señalar las causas que impidan aprobar la adopción, deberá hacerle así (si bien no necesitará pormenorizar los hechos básicos, sino que la exigencia legal pudiera cumplirse haciendo constar que no se inspira en justos motivos o no es conveniente al adoptado, por cuanto estos extremos no pueden discutirse en casación), a diferencia de lo que sucede en el Derecho francés, donde el párr. 1º del a. 362 del C. c. establece que después de oír al Fiscal el tribunal decide, sin exponer los motivos, si ha o no lugar a la adopción. En idéntico sentido se expresa el a. 312 del C. c. italiano: "La corte, in camera di consiglio, sentite il pubblico ministero e omessa ogni altra formalità di procedura, senza esporre i motivi, pronuncia in questi termini: si fa luogo o non si fa luogo all'adozione."

La edad se ofrece a nuestra consideración en un doble aspecto: absolutamente, es una cifra invariable señalada para el adoptante (que en un autor español ha denominado "final de la juventud") (109 bis) y, en algunos casos para el adoptado, que suele actuar como una especie de tope mínimo, y relativamente es la diferencia de edades entre adoptado y adoptante, con arreglo a la equiparación entre la adopción y la filiación natural.

La fijación de la edad para poder adoptar guarda relación con la política legislativa de facilitar o restringir la adopción. Por regla general las legislaciones se limitan a señalar un *minimum*; excepcionalmente, Ecuador y Chile establecen la edad máxima para adoptar de 60 y 70 años, respectivamente. Por otra parte, algunas legislaciones engloban en el requisito de la edad, dándolo por supuesto, el de poseer la necesaria capacidad jurídica y de obrar, mientras que otras se refieren indirectamente al requisito de la edad, a través del de hallarse en el pleno uso de los derechos civiles, no faltando las que, como la nuestra, establecen expresamente ambos requisitos.

Varios países (Alemania, Bolivia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Mónaco y Perú) exigen que el adoptante sea mayor de 30 años, edad que establecían también los Códigos francés de 1.804 y austriaco de 1.811 y que estaba vigente en la mayor parte de los cantones suizos que conocían la adopción con anterioridad al C. c. de 1.907. Las leyes modernas tienden a rebajar el límite de edad, que es de 18 años en la U.R.S.S., de 20 en Hungría, 21 en Puerto Rico, Australia, Canadá y Panamá; los Países escandinavos (Suecia, Noruega, Dinamarca e Islandia), Gran Bretaña, Queensland (Australia) y la Unión Sudafricana exigen la edad de 25 años, mientras que Brasil, Costa Rica, Irlanda, Méjico, Ecuador y Uruguay la elevan a 30 años; la ley belga de 1.940, la salvadoreña de 1.955 y la española de 1.958 señalan los 35 años a que ya se refería la finlandesa de 5 de junio de 1.925, gozando los 40 años del favor de las recientes leyes de Argentina, Chile y Guay

temala, siendo esta también la establecida en Francia, R. Dominicana, Austria y Venezuela. La simple mayoría de edad, así expresada o por la frase "tener capacidad civil", es suficiente en la mayoría de los EE. UU., Colombia, Bulgaria, Japón, Rumania, Canadá, Polonia y Checoslovaquia.

El a. 173 de nuestro Código civil decía que "pueden adoptar los que se hallen en el pleno uso de sus derechos civiles y hallan cumplido la edad de 45 años", mientras que el mismo artículo dispone actualmente: "Pueden adoptar quienes se hallen en pleno uso de sus derechos civiles y hayan cumplido la edad de 35 años." Según el legislador, la disminución obedece a las enseñanzas de la experiencia, que demostraron resultaba excesiva la de 45 años, pero más bien se trata de un medio para facilitar la adopción.

Tradicionalmente se ha venido estableciendo la necesidad de que exista una cierta diferencia de edad entre adoptante y adoptado para autorizar la adopción, aplicación de la vieja máxima "adoptio naturam imitatur" (110). Por eso las legislaciones suelen fijar la diferencia de modo que el adoptado pueda haber sido engendrado por el adoptante, siendo lo más frecuente señalar los 18 años, cuya razón de ser manifestaba ya el párr. 4º del Tit. II, lib. I de la Instituta al decir "pues que la adopción imita a la naturaleza es una cosa monstruosa que el hijo tenga más edad que el padre, así el que toma un hijo en adopción o arregación debe excederle en una pubertad plena, esto es, en 18 años", como lo hacen, además de nuestra legislación, las de Alemania, Argentina, Austria, Brasil, Grecia, Italia, Holanda, Perú, Rumania, Suiza, Checoslovaquia, Yugoslavia, Venezuela y Azerbaiján. A veces la diferencia exigida es mayor: 20 años en Ecuador, Uruguay y Nuevo Méjico (si el adoptado es un adulto), 21 años en Gran Bretaña y Australia y 25 en la Unión Sudafricana cuando el adoptado es mayor de 16 años. Más frecuentemente la diferencia es menor: 17 años en Méjico, 16 en Hungría y Puerto Rico, 15 en

Bélgica, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, R. Dominicana, Francia, Luxemburgo, Panamá, Salvador, Venezuela, Idaho, Nueva Jersey (si el adoptado es un adulto) y Virginia, descendiendo hasta los 10 años en Rusia Blanca, Arizona, California, Georgia, Montana, Nueva Jersey, Dakota N. y S., Oklahoma y Utah. No faltan legislaciones que se contentan con exigir que el adoptante sea mayor que el adoptado, como las Canadá, algunos Estados de Norteamérica y Japón, así como la ley búlgara de 1.889, o bien no establecen ninguna exigencia especial, así los Países escandinavos y la U.R.S.S. El Código venezolano es original, pues exige 18 años de diferencia si el adoptante es varón y 15 años si es mujer. En Nueva Zelanda no se exige límite ni diferencia de edad a los adoptantes casados, bien adopten conjunta o separadamente; en cambio, los solteros o viudos han de tener 18 años más que el adoptado si este es de su mismo sexo y 40 si pertenecen a sexos diferentes, si bien en este caso el juez puede conceder una dispensa.

Nuestro Código civil señalaba la diferencia de 15 años (a. 173) pero en virtud de la reforma se ha elevado a 18 años (a. 173 párr. 1º). Se trata de una cuestión en la que tanto puede ^{de} fenderse una solución como otra. Verdad es que actualmente no son frecuentes los matrimonios a edades tempranas. Ahora bien, quizá hubiera sido conveniente rebajar la diferencia de edad o permitir su dispensa en la adopción por uno de los cónyuges de los hijos del otro, pues de no ser así, como la diferencia de edades es constante, se dará el caso, frecuente en los viudos que contraen nuevas nupcias, de no poderse llevar a cabo la adopción.

Manifiesta el a. 173 que "pueden adoptar quienes se hallen en pleno uso de sus derechos civiles. Esta expresión, idéntica a la del anterior a. 173 sin más que sustituir "quienes" por "los que", plantea el problema de determinar que es lo que ha querido dar a entender el legislador. La doctrina es unánime en reconocer que alude el Código a las situaciones indicadas en el a. 32 como

restrictivas de la capacidad jurídica. Mas se nos ocurre preguntarnos: ¿El tutor removido de su cargo, el quebrado o concursado no rehabilitados, podrán adoptar? Según una posible interpretación sin perjuicio de que el juez estime que en el caso concreto la adopción no conviene al adoptado, no es posible privar de este derecho a tales personas en base a la dicción del a. 173, pues por personas que no se hallen en pleno uso de sus derechos civiles hay que entender exclusivamente las del párr. 2º del a. 32, a saber, los menores de edad, los dementes o imbeciles, los sordomudos los prodigos y los interdictos, ya que la restricción de la capacidad jurídica ha de proceder de un estado de la persona que afecta de un modo general a su determinación como individualidad de derecho en las relaciones de la vida civil (111). Ahora bien, si el quebrado y concursado no rehabilitados se encuentran inhabilitados para administrar (aa. 878 del C. de c., 914 del C. o. y 1.161 de la L.E.C.) parece que no gozan de la plenitud de sus derechos civiles y, por ende, no podrán adoptar. De modo especial, con referencia al concursado añade el a. 1.914 del C. o. que "la declaración de concurso incapacita al concursado para la administración de sus bienes y para cualquiera otra que por la ley le corresponda."

No hay problema en cuanto a los menores de edad no emancipados; los emancipados parece que podrán adoptar con asistencia de las personas a que se refiere el a. 317 del C. o.

Algunas legislaciones admiten que puedan adoptar los dementes, supliéndose su incapacidad. Así, de una manera general, establece el parágrafo 1.751 del B.G.B. que "si el adoptante está limitado en su capacidad negocial, necesita, para celebrar el contrato de adopción, además del asentimiento de su representante legal, la aprobación del tribunal de tutelas" y que "lo mismo vale para el hijo a adoptar, si está limitado en su capacidad negocial". En cambio, según nuestra legislación los dementes no pueden adoptar ni siquiera en un intervalo lúcido, pues la ley no establece

el modo de constatarlo, a diferencia de lo establecido para el reconocimiento del hijo natural, que puede hacerse por testamento (S. de 11 de octubre de 1.929). La solución puede parecer un tanto dura si se tiene en cuenta que con ello se impide la adopción plena cuando uno de los cónyuges sea incapaz.

Análogas consideraciones pudieran hacerse respecto a los sordomudos, pródigos e interdictos, habida cuenta, además, de que su incapacidad no es absoluta (vid. aa. 218, 221 párr. 2º, 224 y 229). El Código austriaco permite adoptar a los pródigos con autorización del tribunal y el japonés concede a los interdictos el derecho de adoptar y ser adoptados sin el consentimiento de su tutor.

Se discute si los extranjeros pueden adoptar. A falta de texto expreso que, cual el a. 345 del C. c. francés, lo autorice, hay que acudir a la regla general del a. 27, con arreglo a la cual no cabe duda de la afirmativa; no obstante, Mucius Scaevola mantiene opinión contraria (112). El Derecho inglés es más restrictivo en este punto, pues exige que el extranjero esté domiciliado en el Reino Unido, si bien los residentes en el extranjero pueden ser autorizados, bajo ciertas garantías, a llevar al adoptando inglés a su respectivo país para verificar allí la adopción. La legislación sueca establece que los extranjeros no pueden adoptar ni ser adoptados en Suecia a menos que la adopción sea válida en su país de origen; los suecos necesitan la autorización real (que se concede particularmente en cada caso) para adoptar o ser adoptados en país extranjero (L. de 8 de julio de 1.904, cap. VI, a. 1º, modificada por la de 10 de junio de 1.949) y la misma norma rige en Noruega, donde, de hecho, concede la autorización el Ministro de Justicia.

Aunque la no existencia de hijos o descendientes y el consentimiento del cónyuge del adoptante figuran en nuestra legislación con el carácter de prohibiciones, estimamos más conveniente estudiarlos dentro de los requisitos debido a su generalización y a ser este el método comúnmente seguido por la doctrina, aparte de

que así se destaca su verdadera importancia. Además, de estudiar los dentro de las prohibiciones, tendríamos que hacer de estos dos grupos: las especiales o verdaderas prohibiciones y las generales, a las que pertenecen dichos requisitos.

La razón de ser del primer requisito -no existencia de hijos ni descendientes- es evidente en la concepción tradicional de la adopción, que ve en ella un consuelo para quienes carecen de hijos o un procedimiento legal destinado a asegurar, por una ficción jurídica, la transmisión del nombre o del patrimonio en ausencia de herederos de sangre directos. Solo se toma en consideración el interés del adoptante y la adopción, medio excepcional de transmisión, cesa normalmente de aplicarse cuando existen descendientes legítimos. El Derecho civil tradicional, otorgándoles su protección, impide que sus derechos sean amenazados por la intrusión de elementos extraños. Pero el fundamento de la prohibición no aparece claro en la idea moderna de la institución, caracterizada por su sentido de protección al adoptado menor. El legislador español parece haber ido demasiado lejos al prohibir la adopción a los que tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos (a. 174, 2º) (113), si se piensa que ni siquiera los adoptados plenamente resultan equiparados a los hijos legítimos, según manifiesta el preámbulo de la ley ("la situación jurídica del adoptado plenamente se asemeja a la del hijo respecto de su padre, aunque no adquiera propiamente el carácter de tal...") y, singularmente en el Derecho sucesorio, "la posición del adoptado plenamente queda equiparada a la del hijo natural reconocido, tanto en la sucesión legítima como en la forzosa. Si en el anterior nº 2º del a. 174 solo se vedaba la adopción a quienes tuviesen hijos o descendientes legítimos o legitimados, sin tomar en consideración a los naturales reconocidos a pesar de que la adopción aparecía concebida en beneficio del adoptante, con mayor razón la reforma, que pretende favorecer a los menores, debería haber reducido al mínimo las prohibiciones, con

lo cual no hubiera hecho otra cosa que seguir la tendencia de las modernas legislaciones que aportan excepciones cada vez más numerosas al criterio tradicional, autorizando la adopción incluso en presencia de hijos legítimos. Si las recientes leyes de Argentina, Bulgaria, Chile y Guatemala mantienen todavía dicha prohibición, esta ha sido suprimida en Costa Rica (D. de 19 de mayo de 1.953), Ecuador (L. de 5 de noviembre de 1.958), Suecia (L. de 10 de junio de 1.939), Noruega, Dinamarca y Holanda (L. de 21 de diciembre, 25 de mayo y 26 de enero de 1.956, respectivamente), aparte de otros muchos países en los que el criterio tradicional es, precisamente, admitir la adopción aunque el adoptante tenga hijos legítimos, como sucede en el Derecho civil húngaro, en el servio, en la ley inglesa de 1.926 y las estadounidenses o en el Código de la familia soviético de 1.927. Islandia permite la adopción en este caso si existen motivos importantes y el Código letón de 1.937 si prestan su consentimiento los hijos del adoptante o si el tribunal aprecia la existencia de motivos admisibles. Un criterio parecido inspiró la ley francesa de 8 de agosto de 1.941 para permitir, durante los dos años siguientes a su promulgación, las adopciones a quienes tuviesen hijos legítimos siempre que estos fuesen mayores y consintiesen la adopción o la legitimación adoptiva, y la L. de 17 de abril de 1.951 (aa. 1ª y 2ª) modificó los aa. 344 y 368 del Código Napoleón estableciendo que "el nacimiento de uno o varios hijos o de cendientes legítimos no impide la adopción o la legitimación tiva, por los dos esposos, del niño que hubiesen recogido antes de dicho nacimiento", posibilidad que debiera haber sido recogida por el legislador español, sobre todo para el supuesto de expósitos o abandonados cuya adopción no es posible antes de los tres años (a. 178, párr. 2ª), precisamente para evitar que resulten perjudicados con una medida que debiera favorecerles.

Otras veces las legislaciones permiten obtener una dispensa, como la ley federal alemana de 8 de agosto de 1.950 y el Código

venezolano de 1.942, cuyo a. 247 dispone que el tribunal competente puede, previa información de los Organismos asesores de protección a la infancia, autorizar la adopción a los matrimonios con hijos (a. 247) y, según la jurisprudencia, dicha autorización puede ser concedida también a la viuda con hijos mayores. Si la principal dificultad nace del temor a que el adoptado menoscabe los intereses materiales de los descendientes legítimos, puede adoptarse el sistema del Decreto salvadoreño de 3 de noviembre de 1.955, a cuyo tenor la persona que tiene descendientes legítimos o naturales reconocidos puede adoptar si prueba que posee recursos más que suficientes. Lo que resulta imposible es desconocer la tendencia actual de las legislaciones, manifestada en la vecina República mediante la presentación de dos proposiciones de ley, la Pierre Joly y la Landry, autorizando, respectivamente, la adopción en presencia de hijos legítimos mayores y menores (114). Por lo mismo resulta a la hora presente completamente inadecuada la prohibición de adoptar impuesta al que tenga hijos naturales reconocidos. Buena prueba de ello es que solamente el Código venezolano de 1.922 (reemplazado por el de 1.942), el romano de 1.939 (que no llegó a entrar en vigor) y la ley argentina de 23 de setiembre de 1.948 prohibían o prohíben, además de nuestro Código civil, la adopción en este caso.

Puede preguntarse si una primera adopción impide, mientras subsiste, otras ulteriores. Entre las mismas personas el problema se reduce a saber si la adopción menos plena puede convertirse en plena, pues lo inverso estimamos que no es posible. A nuestro juicio nada lo impide, ya que si la ley permite sean adoptados plenamente los mayores de 14 años prehiados con anterioridad por los adoptantes, con mayor razón deberá permitirse la adopción plena de quienes lo hayan sido antes menos plenamente, si bien es preciso que la adopción menos plena se haya realizado por los dos cónyuges, simultánea o sucesivamente, puesto que el párr. 2º del a. 176 se refiere a los adoptantes. De este modo se facili-

tan las adopciones plenas, pues a menudo sucede que los matrimonios, a pesar de su gran deseo de tener un hijo, vacilan en introducir completamente en sus familias a un niño cuyos antecedentes desconocen, o bien temen la oposición de sus familias, que esperan vencer con el tiempo una vez se haya comprobado el éxito de la adopción menos plena, etc. ¿Por qué interpretar en tales casos la ley en perjuicio del adoptado? Mucho más lógico y razonable resulta hacerlo a su favor, dándole toda clase de facilidades para que consolide su situación en la familia adoptiva. El único inconveniente legal sería que, desde el momento en que ha sido adoptado menos plenamente ya no tendría la condición de abandonado o expósito. Pero esta interpretación estricta de la ley creemos no debe prevalecer en contra de la indudable analogía entre el párr. 2º del a. 178 y el supuesto que contemplamos. En Francia, el a. 103 del D-L de 29 de julio de 1939 estableció que "durante el plazo de un año a partir de la fecha de publicación del presente Decreto, las disposiciones relativas a la legitimación adoptiva podrán ser extendidas a los niños adoptados anteriormente a esta fecha, si las condiciones exigidas por el nuevo a. 368 del C. c. se encuentran cumplidas a la vez en el momento de la adopción y en el de la interposición de solicitud de legitimación. No obstante, por derogación del requisito de edad impuesto al adoptado, puede serle concedida la legitimación si no ha cumplido 16 años el día de la publicación del presente Decreto. La legitimación acordada no tiene efecto retroactivo". Pero fuera de este caso excepcional, la jurisprudencia francesa ha declarado que quienes reúnan a la vez las condiciones requeridas para la adopción y para la legitimación adoptiva, deben escoger entre estas instituciones y no pueden recurrir a ellas sucesivamente (S. de 3 de enero de 1.947) deduciéndose, a "sensu contrario", que los esposos pueden beneficiar con la legitimación adoptiva al adoptado anteriormente por uno de ellos, si no reunían en el momento de la adopción todas las

condiciones requeridas por los aa. 368 y ss. del C. c., sentido en el que se manifiesta el Tribunal del Sena de modo constante. Existe, asimismo, un proyecto legislativo, con el n° 6456, que permite transformar la adopción en legitimación adoptiva siempre que los requisitos exigidos por el a. 368 existan desde la presentación de la solicitud de la legitimación.

¿Puede ser adoptada una persona por otras varias al mismo tiempo? Nuestro Código es tajante en lo referente al supuesto de un adoptado y varios adoptantes: "Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente, y fuera de este caso nadie puede ser adoptado por más de una persona" (a. 173, 4°). Análoga disposición contiene el a. 346 del C. c. francés. Y es que la unidad existente en el matrimonio resuelve de antemano los problemas que pudiera plantear una adopción con pluralidad de adoptantes. Nada impide, en cambio, que una vez extinguida la primera adopción o fallecido el adoptante, pueda el adoptado darse en nueva adopción con el consentimiento, en su caso, de las personas correspondientes.

El caso de un adoptante y varios adoptados, que envuelve el problema de la limitación del número de adoptados -planteado bajo la Revolución Francesa por los partidarios de la reforma de la adopción, quienes precisaron que los adoptados por la misma persona no podrían ser más de doce- hay que resolverlo admitiendo la más amplia posibilidad (no limitación del número de adoptados), respuesta deducida del silencio legal. El B.G.B. resuelve expresamente la cuestión en su párrafo 1.743: "La existencia de un hijo adoptivo no se opone a una posterior adopción". En cambio, la ley argentina de 1.948 limita a dos el número de los adoptados por un matrimonio y el Código búlgaro de la familia precisa que el adoptante no tenga otro hijo adoptivo, no faltando legislaciones (aa. 1.570 del C. c. griego, 292 C. c. italiano, 269 C. c. venezolano y la, párr. 5° de la ley checoslovaca de 28 de marzo de 1.928, etc.) que solo permiten la adopción de varias personas cuando se realiza simultáneamente, es decir, por

un solo acto, lo cual resulta incongruente con el deseo de favorecer la institución: si se la pretende fomentar hay que librarla de limitaciones y es muy posible que la primera adopción se realice a modo de prueba para efectuar otras posteriores. La mayor parte de las legislaciones silensian, como la nuestra, el presente caso, fluyendo de este silencio la posibilidad de adopciones múltiples por la misma persona, aparte de deducirse de la prohibición de matrimonio entre los adoptados por la misma persona en aquellas legislaciones que la establecen.

Se plantean algunas cuestiones particulares, tales como:

¿Que carácter tiene la prohibición del n.º 2.º del a. 173? Estimamos que obliga a los españoles aunque residan en el extranjero, pues concierne al estado de las personas (a. 9.º del C. c.) y le es aplicable el párrafo final del a. 11 del mismo Cuerpo legal. Su violación origina la nulidad absoluta de la adopción, aunque se haya realizado en país extranjero.

¿Es preciso que el hijo legítimo o los descendientes hayan nacido o basta que se encuentren concebidos el día en que se verifica la adopción? O, dicho de otro modo, ¿juega aquí la presunción del a. 29 del C. c.? La respuesta debe ser afirmativa, con aplicación del principio "infans conceptus pro nato habetur ..." y, conforme a lo establecido en el a. 108, habrá que concluir que el hijo nacido antes de los 180 siguientes a la adopción estaba ya concebido al tiempo de esta y que, por el contrario, el nacido después de los 300 días siguientes a la adopción ha sido concebido posteriormente. Por ende, la adopción será nula en el primer caso y válida en el segundo. Pero ¿y si el nacimiento tiene lugar después de los 180 días y antes de los 300 siguientes a la adopción? Si la presunción juega en el sentido más favorable al hijo de cuyo superior interés se trata, preciso es convenir en que el hijo legítimo deberá ser considerado como ya concebido al tiempo de la adopción, y, por consiguiente, es-

ta será mala. Por último, ¿cuándo del nacimiento o de la concepción del hijo (o de la legitimación o el reconocimiento) entre la aprobación judicial de la adopción y el correspondiente otorgamiento de escritura e inscripción? La solución resulta más obscura en nuestro Derecho por cuanto no existe un precepto análogo al a. 365 del C. c. francés (115). Como solución apuntamos la de que debe atenderse a que todos los requisitos legales se encuentren reunidos y, tratándose de un efecto con relación a los terceros parece que será necesaria la inscripción, de tal modo que la hipótesis prevista por la ley de concurrencia del adoptado con hijos o descendientes del adoptante (párr. 6º del a. 174) no puede suponer una derogación de las reglas generales.

Como todo acto jurídico, la adopción requiere la existencia del consentimiento de los sujetos que lo celebran, siendo, en principio, perfectamente aplicable la doctrina general sobre el mismo y sus vicios. Según Manresa §116), la prestación del consentimiento de las partes es la base esencial de la adopción. La ley inglesa concede una gran importancia a este momento: todas las personas llamadas a prestarlo deben comprender el alcance de la institución y sus consecuencias.

El consentimiento del adoptante no suele plantear problemas, por cuanto ha de ser necesariamente una persona mayor y capaz (vid. lo dicho en págs. 73 y ss.). Normalmente, si la adopción fuese un contrato ordinario, bastaría el consentimiento de las partes (adoptante y adoptado), mas como no lo es, como interesa a las respectivas familias, establece la ley la necesidad de que las personas que puedan resultar afectadas más de cerca por la adopción presten su consentimiento. Tal es el caso del cónyuge del adoptante, cuyo consentimiento exigen las legislaciones de casi todos los países, salvo caso de encontrarse impedido para otorgarlo por alguna causa legal (enfermedad, ausencia) (117).

El a. 173 del C. c. establece: "Se prohíbe la adopción: ... 4º. Al cónyuge sin consentimiento de su consorte." Al no hacer la salvedad de que el consentimiento no es necesario en los casos en que el consorte se encuentre imposibilitado de manifestarlo o si existe separación de hecho entre ambos (como dispone el a. 346, párr. 2º del C. c. francés y también otras legislaciones) (117), resulta que la adopción no se podrá verificar en tales supuestos. Dada es, en efecto, la posibilidad de que el organismo tutelar pueda suplir el consentimiento del cónyuge incapacitado. Respecto a la ausencia, solo una vez que haya recaído declaración de fallecimiento es posible prescindir del consentimiento del cónyuge, ya que "mientras dicha declaración no se produzca, se presume que el ausente ha vivido, salvo investigaciones en contrario." Ahora bien, en virtud de la última parte de este párr. 1º del a. 195, si de las investigaciones practicadas antes de la declaración de fallecimiento resultase muy probable la muerte del cónyuge ausente ¿podría autorizarse la adopción al cónyuge presente? La cuestión debe resolverse negativamente, pues dichas investigaciones las toma en cuenta la ley para fijar la fecha de la muerte, no para conceder en este caso al cónyuge presente derechos que, por la misma ley, solo pueden ejercitarse una vez recaída declaración de fallecimiento. Por otra parte, no puede aplicarse la doctrina de las condiciones por oponerse a la misma esencia de la institución.

No establece la ley la forma ni el tiempo en que el cónyuge del adoptante ha de prestar su consentimiento y como el a. 176 no le incluye entre aquellos que han de manifestarse a la presencia judicial, nada obsta a que sea posterior a la solicitud de adopción, si bien en la práctica suele manifestarse en esta mediante una cláusula como la siguiente: D. ... contando con el consentimiento de mi consorte, que en prueba de conformidad firma la presente solicitud..." En la adopción plena, como ha de realizarse por ambos cónyuges, no existe tal libertad.

Cuestión interesante es determinar la posibilidad de la representación voluntaria, entendida en la más restringida expresión del "muntius". Los parágrafos 1.748 párr. 2º y 1750 del B. G. B. no la admiten para el contrato de adopción. En Turquía se admite que el adoptante pueda hacerse representar en el procedimiento por un mandatario con poder especial (K. E., S. de 29 de enero de 1.946) o con poder general otorgado ante Notario (T. Y. K. nº 47, p. 1.187). En nuestra Patria, los recurrentes en la S. de 30 de mayo de 1.951 pretendían que "nadie puede valerse de un tercero para reconocer un hijo. Nadie puede utilizar los servicios de un apoderado para legitimar un hijo", y, como consecuencia, que en la adopción, ficción de la paternidad legítima, tampoco cabe la representación, sino que deben comparecer los interesados, sobre todo el adoptante a la presencia judicial, Pero el Tribunal Supremo, a falta de precepto legal que expresamente lo prohíba, no hace suya la tesis. No cabe duda acutualmente que las personas mencionadas en el a. 176 del C. o., 1.826 y 1.827 de la L.E.C. no podrán actuar por representante, sino que tendrán que comparecer a la presencia judicial. Nada impide en cambio que las demás se valgan del mismo, ya que si es posible un matrimonio por poder ¿por qué no ha de serlo la adopción?

Prescindiendo nuestra legislación del consentimiento de otros parientes del adoptante, que también pueden verse afectados por la adopción. Este criterio legal es acertado y está de acuerdo con la tendencia actual, de la que es exponente el G. o. japonés de 1.948 al no exigir ya el consentimiento del jefe de la familia del adoptante, que había establecido el de 1.898, y el italiano de 1.942 se limita a establecer en su a. 297 la necesidad de que los padres del adoptante sean oídos por el tribunal, a pesar de que el Proyecto exigía su consentimiento expreso; pero, según manifestaba el Ministro de Justicia Solmi, semejante exigencia se eliminó porque resultaba excesiva (Vid. Relazione, nº 142). Se-

lamente el C. c. bálgaro de 1.949, siguiendo lo establecido por la ley de 1.889, exige el consentimiento de los padres del adoptante. Los aa. 191 y 192 del Código de los Países bálticos de 1.864, aplicado en Estonia, se limita a establecer la necesidad de la presencia de los padres del adoptante en el acto de la adopción, para que se les puedan oponer los efectos derivados de ésta. Por último, la L. francesa de 8 de agosto de 1.941 reforma el a. 370 del C. c. disponiendo que si uno o varios de los ascendientes de los autores de la legitimación adoptiva no han dado su adhesión a la misma en un acto auténtico, el legitimado y dichos ascendientes no se deberán alimentos ni tendrán la calidad de reservatarios en sus sucesiones recíprocas.

Los requisitos estudiados son aplicables a ambas clases de adopción, la plena y la menos plena. Mas la primera de ellas, de acuerdo con sus efectos más fuertes, exige también unos requisitos más rigurosos que, por lo concerniente a los adoptantes, son los siguientes, según el artº 178:

1º. Solo pueden adoptar plenamente los viudos o casados.

2º. Los cónyuges han de cumplir los siguientes requisitos:

A) De carácter previo: llevar cinco años de matrimonio.

B) De carácter simultáneo: vivir juntos y proceder de consuno.

Es muy natural y lógica la exigencia de que adopten plenamente ambos cónyuges, puesto que con esta clase de adopción se "pretende crear una situación familiar de alguna manera análoga a la que dimana de la paternidad legítima". El llevar cinco años de matrimonio tiene por objeto prevenir posibles adopciones precipitadas y, en armonía con la fortaleza del vínculo que crea, que no han de tener descendencia "aún cuando no se elimina la posibilidad de algún caso de superveniencia de hijos con posterioridad a la adopción". Por ello debería dispensarse a los cónyuges o al menos a uno de ellos, del requisito normal de la edad

(tener 35 años cumplidos) (118).

La exigencia de vivir juntos responde al deseo de crear una verdadera familia, dentro de las posibilidades legales, asegurando el éxito de la adopción. No se opone a ello el que transitoriamente, v. gr.: por razones del cargo, el marido resida en distinto lugar que la mujer.

La frase "procedan de consuno" indica que la adopción plena ha de verificarse simultánea y no sucesivamente (119).

La extensión de la facultad de adoptar plenamente a las personas en estado de viudedad se ha llevado a cabo por "razones muy atendibles". Este criterio legal evita en nuestro Derecho el problema planteado en el Derecho francés (que solo permite la legitimación adoptiva a los dos esposos) cuando fallece uno de estos, después de haber presentado la solicitud de adopción.

Interesa destacar que, según el párr. 2º del a. 178, la adopción plena de los mayores de 14 años se circunscribe a los cónyuges (no puede efectuarla el viudo), puesto que se exige que hayan sido "prohijados antes de esta edad por los adoptantes, mientras que según el a. 178 del Proyecto, aún apareciendo la misma limitación, bastaba que con anterioridad a dicha edad "estuviesen prohijados por cualquiera de los adoptantes."

Otras diferencias son que el Proyecto limitaba la adopción plena de los mayores de 14 años exigiendo que fueran menores de edad y que en vez de atender, como hace el Código, a la separación de hecho entre los cónyuges, se refería a la separación legal: "Solo podrán adoptar los cónyuges no separados legítimamente, que lo hagan de consuno y lleven más de cinco años casados; así como el viudo o viuda.- Unicamente podrán ser adoptados los abandonados o expósitos que tengan menos de 14 años y lleven más de tres en cualquiera de dichas situaciones. Podrán serlo también los abandonados o expósitos menores de edad, mayores de 14 años, si con anterioridad a esta edad estuviesen prohijados por cualquiera de los adoptantes."

C A P I T U L O I I

SUMARIO.- 1. Requisitos de fondo (Continuación.- C) Requi-
sitos en cuanto al adoptado: a) Edad; b) Consentimiento: a')
del adoptando; b') de su cónyuge; c') de otras personas. c) Otros
requisitos; d) Especialidades de la adopción plena: examen espe-
cial de los conceptos de "abandonado" y "expósito". D) Prohibi-
ciones: a) relativas a los clérigos; b) id. a los tutores; c)
Otras prohibiciones. E) Dispensa de los requisitos legales. F)
Cuestiones particulares: ¿Puede el padre adoptar a sus hijos?

Las legislaciones suelen tomar en consideración la edad del adoptado en cuanto la misma puede constituir un límite o bien un límite máximo para ser adoptado. Desde el primer punto de vista son escasas las legislaciones que establecen una edad mínima para el adoptado: aparte de los países norteafricanos de Derecho musulmán, en los que el adoptado ha de tener uso de razón, y de las legislaciones que, cual la de Luxemburgo, solo permiten la adopción de los mayores de edad según el modelo napoleónico de 1.804, las únicas legislaciones que establecen directamente una edad mínima para el adoptado son las de Irlanda (seis meses) y Bolivia (14 años, según el a. 183, al igual que el Proyecto portugués). Poco o nada fundada parece esta limitación a

la luz de la moderna concepción de la adopción en favor del adoptado, pues aún teniendo en cuenta que los médicos aconsejan no adoptar al recién nacido (inconvenientes de suprimir la alimentación materna, de prever su futuro desarrollo, etc.) nunca reflejan la edad más favorable para la adopción a los seis meses, en que precisamente comienzan a aparecer los riesgos derivados de las anteriores condiciones de vida y de la separación tardía, si no bastante antes, a los dos meses (Bowlby), limitándose otros a decirnos que, en todo caso y puestos a elegir, es preferible adoptar pronto, para asegurar lo mejor posible el éxito de la separación afectiva del niño y su cariño al nuevo hogar, aunque no pueda obtenerse un cuadro completo de sus características mentales, que adoptar tarde, quizá con mejor conocimiento de éstas pero también con el handicap imprevisible de un pasado, a menudo no satisfactorio, fuera de la familia adoptante.

Más frecuentemente las legislaciones ofrecen ejemplos de la exigencia inversa, estableciendo que la adopción solo es posible en beneficio de un menor, bien se fije la edad de este en 21 años, como lo hacen las leyes inglesas de 1.926 y 1.950, las australianas desde 1.925 a 1.947 y las neo-zelandesas, en 20, como en Jersey, en 19 (Unión Sudafricana), en 18 (Argentina, Bulgaria, Polonia) y hasta en siete años, caso de Irlanda, bien se limiten a establecer la citada regla en conexión con la mayor edad civil, como las leyes canadienses de 15 de marzo de 1.925, Child Welfare 1.944, Adoption 1.946 y 1.950, las de la mayor parte de los Estados norteamericanos, el Código mejicano de 1.928, el soviético del mismo año y las leyes ecuatoriana, húngara y holandesa de 1.948, 1.952 y 1.956, respectivamente. La preocupación dominante en estas legislaciones que solo conocen una clase de adopción, es la de que esta institución sea un medio eficaz de protección a la infancia, especialmente a la infancia abandonada. La provincia canadiense de Quebec, llevando el sistema a sus últimas consecuencias, exige no solo que el adoptado sea menor, sino también

que sea hijo ilegítimo o, si es legítimo, que sus padres no puedan atender a su subsistencia y educación (120) y parecida exigencia manifiesta la legislación guatemalteca. Aún en los sistemas amplios, que permiten la adopción de los mayores, el aludido criterio de protección a la infancia ejerce su influencia hasta tal punto que determina en ocasiones una clase diferente de adopción, como sucede en la ley polonesa de 13 de julio de 1.939 que establece una adopción especial para los menores de 7 o de 12 años, según los casos; el Código de la familia francés del mismo año solo permite la legitimación adoptiva de los abandonados o de los hijos de padres desconocidos menores de 5 años; la ley uruguaya de 26 de diciembre de 1.957 solo la autoriza a favor de los menores abandonados o huérfanos de padre y madre, hijos de padres desconocidos y pupilos de la Nación cuya situación de total abandono por parte de sus padres se remonte a más de tres años (a. 1º); los Códigos peruano de 1.936 e italiano de 1.942 conocen, para los menores de 15 y 18 años respectivamente, una institución nueva, la "afiliación", variedad de adopción que presenta el carácter de una verdadera medida de asistencia social, sentido que propugnaba Castán para nuestra adopción.

La ley española de 17 de octubre de 1.941 estableció una adopción especial y simplificada para los expósitos y acogidos a Centros benéficos, que ha servido para, sobre ella, establecer la actual adopción plena, por lo que dicha ley ha sido derogada al incorporarse sustancialmente al C. c. Este cuerpo legal no establece límites de edad para el adoptado en la adopción plena. En la plena, la limitación resulta de la necesidad de cumplir los siguientes requisitos, señalados en el párr. 2º del artº 178:

1º. Ser abandonado o expósito.

2º. (De cumplimiento alternativo): ser menor de 14 años y llevar tres años en alguna de las situaciones anteriores, o ser

mayor de 14 años habiendo sido prohijado anteriormente por los adoptantes.

De aquí resulta establecida la edad mínima de tres años para el adoptado, antes de la cual no puede ser adoptado plenamente. Tal limitación, establecida, sin duda, para reforzar todo lo posible la estabilidad de la adopción y evitar su impugnación, ha sido criticada por Condomines Valls: "Los cinco años sin hijos de los cónyuges quizá son pocos. En cambio, los 14 años como tope de los abandonados, quizá demasiados; y quizá también excesiva la exigencia de tres que, en el caso de más relieve que es del abandono del recién nacido, significa la imposibilidad de atenderle en el momento en que la relación paterna y, sobre todo, la materna pueda asemejarse más a la natural. Resulta incomprensible el caso del matrimonio que lleva varios años sin hijos, que desea adoptar a un niño recién nacido y a quien se le obliga a aguardar tres años a que aquel niño adquiriera esa capacidad para ser adoptado y durante, los cuales, y aún en el caso de que sus presuntos adoptantes lo eligieran ya desde el primer momento, al verle, deberá continuar en el establecimiento público que le acoge." No vemos la necesidad de esto último ya que, antes de esos tres años, puede muy bien entregarse el niño a los futuros adoptantes en los términos autorizados por las leyes y reglamentos respectivos (120 bis).

De los conceptos que se contienen en el párrafo legal antes transcrito, ya se ha analizado el prohijamiento; la determinación del abandono y de la exposición queda para otro apartado de este capítulo. Señalaremos ahora, insistiendo en lo ya dicho, que el prohijamiento ha de haberse efectuado por ambos futuros adoptantes (cónyuges), no siendo ^{ca}suficiente, a diferencia de lo establecido en el Proyecto, el verificado por uno solo de ellos.

Resulta evidente la necesidad de oír al adoptado y de exigir su consentimiento cuando posea la necesaria capacidad civil, ya que no se concibe una adopción "impuesta" (121). La edad reconoc

da para que el adoptado preste su consentimiento se anticipa a la mayoría de edad civil, siendo de 18 años en Grecia, 16 en Bélgica y Francia, 15 en Ecuador, 14 en Alemania, Holanda, Hungría y Salvador, 13 en Polonia, 12 en los Países escandinavos y en varios Estados norteamericanos, Queensland (Australia), Islandia y Venezuela, descendiendo hasta los 10 años en la U.R.S.S. y en Quebec. El C. o. italiano de 1.942 establece que el adoptado debe ser oído si es mayor de 12 años, que hasta los 18 el consentimiento lo da su representante legal, de los 18 a los 21 años debe dar su consentimiento el adoptado y el asentimiento su representante legal y que a partir de los 21 solo es necesario el consentimiento del primero (a. 296) (122). El C. o. suizo (a. 265) y la ley inglesa exigen el consentimiento del adoptando cuando es capaz de discernimiento, dejando la Adoption of Children Act al juez la tarea de apreciar cuando, teniendo en cuenta su edad y grado de inteligencia, debe participar el menor en el acto de la adopción.

Nuestra legislación se ocupa del consentimiento del adoptando en el a. 176, del que resulta la ineludible necesidad de que el adoptando mayor de edad manifiesta, a presencia judicial, su consentimiento. Si el adoptando es menor, no solo no es ^{no} necesario su consentimiento, sino que la ley civil sustantiva no establece la necesidad de que el juez oiga su parecer, lo cual resulta un contrasentido. Solo con referencia a la adopción de expósitos y otros asilados establece el párr. 2º del citado artículo la necesidad de que se oiga al adoptado si tuviere suficiente juicio, pero aún en estos casos la audiencia la concede la Administración del Establecimiento, no el juez, sin que la misma tenga carácter preceptivo, puesto que resulta atribuida a la propia Administración la facultad de determinar si el adoptado tiene o no suficiente juicio para que deba ser oído, a menos que se interprete que con la citada frase ha querido aludir el legislador a la edad de uso de razón, es decir, a los siete años. Quien debe oírle es

quien ha de decidir, vale decir, el juez. Por esto, y por las razones que expondremos al estudiar el procedimiento, estimamos o que continúa vigente el a. 1.827 della L.E.C. o que el juez deberá siempre ponerse en contacto directo con el menor.

Resulta clara la exigencia de que el consentimiento del adoptado tenga lugar a presencia judicial. En cambio, las decisiones de los Tribunales brasileños discrepan en este punto: mientras que la S. de la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal de Apelación de Rio Grande del Sur, de fecha 10 de octubre de 1.944 correspondiente al recurso nº 2429, declara nula la adopción si el adoptado no está presente en el acto para consentirla, la de 22 de noviembre de 1.942 de la Sala 2ª del T. S. federal (recurso nº 10379) admite la validez del acto con el ulterior consentimiento del adoptado.

¿Pueden el adoptado o su representante legal revocar su consentimiento? Antes de la aprobación judicial de la adopción será posible, pero no después, por la misma razón que da Manresa (123) al decir que la adopción en el sistema de nuestro Código no tiene un riguroso carácter contractual, tratándose de una institución que si bien es de carácter privado presenta en sustancia un aspecto público. En cambio, según el párrafo 1.748, párr. 1º del B. G. B. dicho consentimiento es irrevocable.

Por regla general también se exige, tratándose de la adopción de una persona casada, el consentimiento de su cónyuge (v. gr.: aa. 346, párr. 2º del C. c. francés, 297 del italiano, 273 del venezolano de 1.922, 1.746 del alemán). El anterior a. 178 de nuestro C. c. nada decía sobre el particular, lo que llevó al T. S. a declarar en S. de 30 de mayo de 1.951, "que no es requisito que afecte a la validez de la adopción el consentimiento del cónyuge del adoptado, pues el a. 1.831 de la L.E.C. se refiere al consentimiento del cónyuge del adoptante." El actual a. 176 exige, si el adoptando fuere casado, que su cónyuge manifieste a la presencia judicial su consentimiento. Ahora bien, en caso de imposibi-

lidad de dicho cónyuge por ausencia, incapacidad, etc. y aunque la ley manifieste que "será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos", valdría el solo consentimiento del cónyuge adoptado, pues la regla general exige un previo supuesto de aplicación.

Nada impide que la ley fije una mayoría de edad especial para la adopción, distinta a la mayoría de edad civil, alcanzada la cual no necesite el adoptado el consentimiento de sus padres o representantes legales. Esta edad puede estar por encima de la establecida con carácter general, como sucedía en el a. 346 del C. c. francés de 1.804 en el que era de 25 años, o en los Códigos austriaco de 1.811, italiano de 1.865 (a. 208), rumano de 1.864 (a. 311) o en el japonés hasta la reforma de 1.948; pero lo más frecuente es que sea inferior, predominando en las legislaciones el criterio de exigir, en los casos necesarios, el consentimiento de ambos padres y no referirlo tan solo, como hace nuestra ley civil, sucesivamente a cada uno de ellos (v. gr.: parág. 1.747 del B.G.B., aa. 297, párr. 2º del C. c. italiano, y 347 del francés). Es evidente en efecto que, por regla general, los motivos que pueda tener la madre para oponerse a la adopción de su hijo son, por lo menos, tan razonables como los que pueda esgrimir el padre, si no superiores; ya estamos lejos de la concepción individual de la patria potestad como poder exclusivo del padre, superada por la de concebirla como función conjunta del padre y de la madre.

La regla tradicional según la cual el consentimiento de los padres no puede ser suplido (cuando pueden y no quieren darle) por el de otras personas, ni siquiera por el de los funcionarios públicos que intervienen en el acto, es objeto, en las adopciones reguladas modernamente, de excepciones cada vez más numerosas y justificadas por la conducta de los progenitores. En este sentido, la ley inglesa de 1.926 permite al tribunal prescindir del consentimiento paterno cuando la oposición de los padres es

injustificada y perjudicial a los intereses del menor; parecidas reglas se encuentran en el Código letón de 1.937 y en las leyes de Quebec de 1.924 y checoslovaca de 1.928 (124).

De lo expuesto pueden deducirse fácilmente las objeciones al sistema seguido por nuestro Código civil que exige, cuando el adoptado es menor o incapaz, el consentimiento de las personas que debieran darlo para su matrimonio (a. 176). Quienes son estas nos lo dicen los artículos (reformados) 46 y 47, según se trate de hijos legítimos, legitimados por concesión real o naturales reconocidos, ilegítimos y educados en las Casas de Expósitos, resultando atribuida tal facultad de modo sucesivo al padre, a la madre, a los abuelos paterno y materno, a las abuelas por el mismo orden, al Consejo de familia y a los Jefes de las Casas de Expósitos. El a. 176 exige el citado consentimiento para los menores e incapacitados; ahora bien, ¿todos los menores tienen necesidad del mismo? A mi entender el consentimiento de las personas mencionadas solo es necesario tratándose de menores no emancipados, ya que refiriéndose el a. 176 a los aa. 46 y 47, implícitamente ha de relacionarse también con el a. 45, de cuyo n.º 1.º se desprende que no necesita consentimiento -licencia, dice la ley- el menor de edad emancipado por matrimonio y, para las demás clases de emancipación, nos dice el a. 317: "La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor." Siendo la adopción un acto relativo a la persona del menor y no encontrándose establecida una limitación expresa, ha de interpretarse en el sentido más favorable al menor. Por lo mismo, los habilitados de edad no necesitarán tampoco consentimiento.

El consentimiento ha de prestarse "a presencia judicial", por lo que no será válido el manifestado ante Notario.

Para los adoptandos sometidos a la tutela de Centros benéficos es necesario, además de oír al adoptando si tuviere suficiente juicio, que la administración oiga a sus más próximos parientes, si fuesen conocidos.

Algunas legislaciones establecen otros requisitos, entre los cuales el más importante, por su generalidad, es el de que los adoptantes hayan tenido a su cuidado al adoptado durante un tiempo inmediatamente anterior a la adopción, de duración variable. Si bien esta exigencia se encontraba en el a. 345 del C. c. francés de 1.804 (125), vigente todavía en Luxemburgo y Bolivia (a. 180), como se inspiraba en la desconfianza del legislador hacia la adopción, fué suprimida en muchas legislaciones. Actualmente vuelve a establecerse con distinta finalidad, en interés exclusivo del adoptado, para segurar la existencia de un verdadero deseo por parte del adoptante en llevar a cabo la adopción y permitirle que disponga de tiempo suficiente, antes de que sea demasiado tarde, para darse cuenta de las dificultades. En este sentido se relaciona con el "probation period" establecido por las leyes anglosajonas, cuya duración es de tres meses en Gran Bretaña, seis meses en Ecuador y Perú, dos años en Argentina (salvo si el adoptado es hijo del cónyuge) y tres años en Holanda. En nuestra Patria, aunque no se halle establecido legalmente, se lleva a cabo en la práctica, pues la tramitación suele durar unos tres meses como mínimo, aparte de aquellos otros casos en los que antes de constituir el vínculo adoptivo se acude a otra institución (prohijamiento, acogimiento) y que el período de tres años, previo a la adopción plena de los expósitos y abandonados, puede servir a la indicada finalidad.

Menos general es la exigencia de la misma religión entre adoptante y adoptado, la cual, junto con la identidad de raza y sexo, tiene más adecuado encaje entre las prohibiciones.

La adopción plena se circunscribe exclusivamente a los abandonados y expósitos. ¿Qué hay que entender por tales? La ley nada dice y la ausencia de concepto legal es tanto más lamentable cuanto la fijación de tales conceptos es materia controvertida en el Derecho comparado. En nuestra legislación la falta de definición

es total, ya que ni el Código civil ni las leyes especiales contienen su concepto. Tampoco los Reglamentos de las Casas de Expósitos nos ilustran sobre el particular, ya que la idea mantenida por los mismos acerca de quienes deben considerarse expósitos y quienes no, peca de excesivamente restringida. Por todo ello conviene detenerse un poco en este punto.

El primer problema a resolver es el de si las expresiones "abandonado" y "expósito" son sinónimas o diferentes y en qué radica esa diferencia. A nuestro juicio no cabe duda que son diferentes, aunque el legislador las así le a los efectos de autorizar la adopción de quienes se encuentren en cualquiera de dichas situaciones. Una cosa es la exposición y otra distinta el abandono, aún cuando en nuestro Derecho no se hayan diferenciado claramente. De entre los textos históricos podemos citar la ley 1ª del título IV, libro IV del Fuero Juzgo (126), la ley 1ª, tít. XXIII, lib. IV del Fuero Real (127) y la ley 4ª, tít. XX, Partida IV (128), que hablan de "echar" y "desamparar" en vez de abandonar y exponer, considerando estos hechos como causas de extinción de la patria potestad, según la S. de 18 de setiembre de 1.865 (129). Más adelante, en la Novísima Recopilación (ley 5ª, tít. XXXVII, lib. VII) encontramos ya el término "expósito" y el Reglamento de 14 de mayo de 1.852, dictado para la ejecución de la L. de 20 de junio de 1.849 que reorganizó la Beneficencia, ya aludía a las Casas de Maternidad, en las cuales se recogen a las mujeres que habiendo concebido ilegítimamente se hallan en la precisión de reclamar un socorro y estén en el séptimo mes del embarazo, Casas de Expósitos, en las que se reciben los niños que nacieron en la Maternidad, si sus madres determinasen dejarlos a cargo del Establecimiento, y a todos los que fuesen expuestos o entregados a mano, y Casas de huérfanos y desamparados, que tienen por objeto la conservación y crianza de los niños procedentes de las Casas de Expósitos, desde los dos hasta los doce años. De aquí se deduce

de que el término más amplio es el de "desamparado" y que la exposición es una especie del abandono. Por todo lo cual y teniendo en cuenta las diversas clases de este, se puede realizar la siguiente clasificación:

1. Abandono calificado o abandono culpable, castigado por el C. p. (tít. XII, cap. III) que supone por parte del sujeto deseo de abandonar con dolo eventual de muerte, pues se pone en peligro la vida del menor abandonado.

2. Abandono no punible:

A) Abandono involuntario: no existe intención de abandonar; el abandono surge por fuerza mayor (catástrofe, guerra).

B) Abandono indirecto: no existe intención inicial de abandono, sino que esta surge posteriormente, por omisión del deber de información o la falta de interés sobre el menor.

C) Abandono simple o exposición: entraña el deseo e intención de abandonar, pero sin poner en peligro la vida del menor.

Los argumentos que suministran la base para las indicadas distinciones se encuentran en el a. 584 nº 15 del C. p. (130) y el 175 nº 1º del C. c. que tras referirse a los abandonados y expósitos, lo hace a "su falta total de culpabilidad en el abandono", que parece aludir a los supuestos de abandono involuntario.

Por su forma, se distingue el abandono en:

A) Abandono legal: el padre o madre declaran su intención de abandonar al hijo, por lo que puede llamarse también expreso.

B) Abandono de hecho: resulta del mero acto del padre o de la madre; especie suya es el abandono moral.

En Francia, la legislación y la doctrina distinguen las siguientes clases de abandonados:

1º. Huérfano pobre, aquél que, careciendo de padres o ascendientes a los que poder recurrir, no posee medio alguno de subsistencia (L. de 15 de abril de 1.943, a. 6º, nº 3º).

2º. *Enfant trouvé*, el que, nacido de padre y madre descono-

oidos, ha sido encontrado en un lugar cualquiera o llevado a un Establecimiento de recepción (L. cit. a. 6ª, 1ª); a estos últimos los llama la doctrina "enfants déposés".

3ª. *Enfant abandonné*, el nacido de padre o madre conocidos, desamparado sin que pueda recurrir a ellos ni a sus ascendientes (a. 6ª, 2ª). El caso más frecuente es que la madre declare su intención de abandonar al hijo al Jefe del Establecimiento, firmando la oportuna declaración. Si el hijo es menor de un año puede hacer un abandono secreto, esto es, sin indicar el nombre, lugar ni fecha de nacimiento; previamente se informa a la madre que desea recurrir a este medio para deshacerse de su hijo, de los socorros oficiales y de la existencia de Casas de Maternidad, así como de la posibilidad de que el hijo sea adoptado. Si aún así persiste en su designio, se le concede un mes de plazo, transcurrido el cual el abandono se hace definitivo. También puede abandonarse el niño en un establecimiento privado (L. de 24 de julio de 1.889, tít. II, a. 17) Estos niños no suelen darse en adopción antes de tener el año.

4ª. El abandono moral es la situación en que se encuentran los niños cuyos padres han sido privados del ejercicio de la patria potestad en virtud de lo dispuesto en el tít. I de la ley de 24 de julio de 1.889, ejerciendo su tutela el servicio de asistencia a la infancia (L. cit. a. 6ª, nº 4ª).

5ª. El abandono indirecto ("*désintéressement*") surge como consecuencia de una progresiva falta de interés de los padres sobre la situación del hijo, dejando de solicitar noticias durante tiempo prolongado. Para poder inmatricular a un niño así abandonado es preciso que transcurran dos años. El párr. final del a. 4ª del Reglto. de la Inclusa de Madrid alude a esta situación, que procura evitar (131) (L. cit. a. 6ª, 5ª).

Todos los incluidos en las cinco categorías mencionadas constituyen los pupilos del Estado ("*pupilles de l'Etat*"), que no hay que confundir con los de la Nación, y pueden ser adoptados y le-

gitimados, salvo los comprendidos en el n.º 4.º (132).

6.º. Aquellos cuya madre (no se ha dado ningún caso en que haya abandonado el padre) los ha abandonado emitiendo una declaración unilateral de voluntad en este sentido, sin que intervenga ningún Establecimiento. Estos son los que plantean los mayores problemas. Uno de los casos más célebres fué el siguiente: una madre había declarado notarialmente abandonar irrevocablemente a su hija natural reconocida ("abandonner purement et simplement et totalement, sa fille naturelle...", entendiendo que "cet abandon total... ait un caractère définitif et irrévocable...") a favor de un matrimonio que deseaba legitimarla adoptivamente, no interviniendo la madre posteriormente en el procedimiento correspondiente. El Tribunal civil de Dôle, en S., de 9 de marzo de 1.949 (J.C.P., 49.II.4910) declaró que no existía abandono en el sentido del a. 368 del C. c. francés, reformado por la L. de 8 de agosto de 1.941, ya que si se admitiera la solución contraria "resultaría una especie de contradicción irreductible, pues, de una parte, la legitimación adoptiva es por naturaleza irrevocable y, de otra, ningún principio jurídico podría, a falta de texto expreso, impedir a la madre revocar su abandono posteriormente, dado que había sido constatado en un acto unilateral..." Por otra parte, la nueva fórmula "enfant abandonné", empleada por el legislador de 1.941 en vez de la antigua "pupille de l'Assistance Publique", no implica la intención de modificar la definición anterior y de la misma "no se desprende que el legislador de 1.941 haya creado una nueva categoría de beneficiarios, la de los hijos que sean abandonados por sus padres sin ser pupilos de la Asistencia Pública". El Tribunal se hace eco también de la tendencia según la cual la limitación de las categorías de beneficiarios y las precauciones establecidas para despistar las investigaciones de los padres por la sangre, implican la voluntad, por parte del legislador, de que la ruptura de los vínculos familiares sea completa y total, no exclusivamente jurídica, cosa que no sucede en

el presente caso. Entre las dos familias, por el contrario, la Asistencia Pública (o la Asistencia a la Infancia, nueva denominación desde la L. de 15 de abril de 1.943) interpone "un écran" opaco. Los contratos de abandono en que ella interviene son válidos y el lugar de colocación del niño no se revela jamás (obligación de guardar el secreto profesional impuesta por el a. 39 de la ley citada a las personas empleadas en dicho Servicio).

No obstante todas estas razones, Lagarde critica la sentencia, cuyos motivos revelan, a su juicio (133), una desconfianza excesiva hacia la nueva institución. El citado autor estima que se satisface cumplidamente la letra y el espíritu de la ley de 1.941 aplicando a la expresión "enfant abandonné" la definición de la L. de 27 de julio de 1.904, reproducida textualmente por el a. 6, nº 2º de la L. de 15 de abril de 1.943 (transcrito anteriormente): "l'enfant qui, né de père ou de mère connus, en est délaissé sans qu'on puisse recourir à eux ou à leurs ascendants." Poco importa, añade, si, de hecho, el niño no ha sido recogido por los Servicios de la Asistencia. En última instancia, compete a la autoridad judicial definir la imposibilidad de ser socorrido (l'impossibilité de recours), sin que ello vincule la práctica administrativa.

Se suscitan otras cuestiones capaces de provocar división de opiniones entre los juristas franceses (134), las cuales pueden resumirse en las siguientes interrogaciones:

¿Es preciso que los padres sean desconocidos de hecho o basta con que el vínculo de filiación no se encuentre legalmente establecido? ¿Es necesario que el abandono sea definitivo y cuando adquiere este carácter? ¿Basta la declaración unilateral de abandono hecha por la madre? A esta última, de acuerdo con la sentencia de Dôle citada hay que responder negativamente cuando la declaración se efectúa ante un particular y la madre no interviene en la legitimación, mientras que si se hace ante la Asistencia de la Infancia es suficiente, por sí solo, para per

mitir la legitimación adoptiva. Las otras dos no pueden contestarse de modo absoluto, sino solo en atención a las circunstancias de cada caso. Si, con arreglo a estas, es imposible la intromisión de la familia por naturaleza en la familia adoptiva, será posible la legitimación y no en el caso contrario. Las dudas obedecen, en última instancia, a que no se encuentra en la legislación francesa un precepto similar al a. 177 del C. o. panameño de 1.º de octubre de 1.917, modificado por la L. de 23 de enero de 1.954, según el cual es suficiente el transcurso de dos años sin que el acogido haya sido reclamado ni visitado por sus padres para que pueda autorizarse la adopción, ni tampoco otro semejante al a. 2.º de la ley uruguaya de 20 de noviembre de 1.945 que establece que la cualidad de menor abandonado se prueba por una sentencia firme que tenga la autoridad de cosa juzgada y declare la pérdida de la paterfamilias potestad.

Una vez ha sido examinado el concepto de "abandonado" y los principales problemas que suscita, procede analizar el de "expósito", sin perjuicio de establecer como resumen final las conclusiones a que hayamos llegado a la vista de todo lo expuesto.

Con la denominación española de "expósito", equivalente a la francesa "enfant exposé", la italiana "esposto", la inglesa "foundling", la portuguesa "exposto" y la alemana "findelkind", significativas todas ellas de "niño encontrado", se designa a aquellos recién nacidos entregados por quienes tienen obligación de cuidarlos a la correspondiente institución de Beneficencia, que se hace cargo de ellos, o simplemente depositados, de modo transitorio, en un lugar adecuado para que otras personas los recojan y los entreguen a la Autoridad competente. Más brevemente, puede ser definida la exposición como el acto de poner de manifiesto al niño para que sea recogido. Esta especie de abandono lleva implícita la idea de entrega a la Autoridad pública, representada por la Institución benéfica, pues el que encuentra al ni

no no puede quedárselo (argumento: a. 584 nº 15 del C. c.). Como vemos, la exposición se diferencia del abandono calificado en que la primera supone una cierta seguridad de que el niño será recogido, mientras que el abandono consiste en depositarlo en un sitio en que es fácil que tarde tanto tiempo en ser recogido que haya perecido o sufrido grave daño (vid. S. de 30 de marzo de 1.904).

El primer establecimiento dedicada a la lactancia y educación de expósitos parece haber existido en Tréveris en el siglo IV, caracterizándolo el torno (tour, ruota), que hoy tiende a desaparecer. La primera disposición que en nuestra Patria se refiere claramente a los expósitos, concediéndoles el derecho a ser prohiados, es la Real Cédula de 11 de diciembre de 1.796. Actualmente, la L. de 17 de octubre de 1.941 habla de la adopción de los acogidos a las Casas de Expósitos y otros Centros benéficos, mas derogada esta Ley por la de 24 de abril de 1958, se procura suprimir tal denominación, que se supone vejatoria. Eco de esta tendencia la constituye el Reglamento de régimen interno del Instituto provincial de Puericultura e Inclusa de Madrid, que no habla de "expósitos", sino de "acogidos" (aa. 4, 5, 6, 16, 50, 53, 83, 85, etc,) distinguiendo entre ellos las siguientes categorías:

1ª. Lactantes, hasta los 15 meses o dos años como máximo (aa. 67, 2ª nº 1ª y cap. VII).

2ª. Destetados, desde los 15 meses o dos años hasta los cinco años (aa. 2ª, párr. final y 67).

3ª. Asilados o simplemente acogidos, los que no hayan sido prohiados al cumplir los cinco años, desde esta edad en adelante (artº 87).

En el indicado concepto de expósitos caben todas estas categorías, al igual que los acogidos a que se refiere la O. de 1ª de abril de 1.937 (135).

De todo lo que antecede y queda expuesto nos inclinamos a

pensar que las ideas de "abandonado" y "expósito" (términos no sinónimos) tal como las emplea el legislador, no son conceptos técnicos, sino que se trata más bien de una cuestión de hecho a resolver en cada caso por el juez que apruebe la adopción mediante el empleo de su racional criterio. La doctrina del T. S. relativa al delito de abandono de niños (a. 488 del C. p.) puede ser tenida en cuenta a modo de orientación, con la salvedad de que para la existencia del delito basta que se interrumpen los cuidados y asistencia necesaria, aunque la madre reclame al niño al día siguiente del abandono al enterarse de que había sido recogido con vida (SS. de 6 de febrero de 1.887 y 8 de noviembre de 1.916), mientras que la situación de abandono a que se refiere el C. c. precisa ser definitiva, bien porque los que abandonaron al niño no hayan vuelto a preocuparse de él, bien porque, intentando recuperarlo, el Tribunal haya estimado oportuno privarles del ejercicio de la patria potestad y de la guarda del menor que, en ausencia de parientes que lo tomen a su cargo, será lógicamente entregado a un Establecimiento benéfico. Resumiendo lo dicho, puede afirmarse que no es preciso que los padres sean desconocidos de hecho, sino que basta con que lo sean legalmente y que el abandono ha de ser definitivo. La intención del legislador al limitar la adopción plena a los abandonados y expósitos parece haber sido, aparte de favorecerles, evitar posibles conflictos entre la familia adoptante y la familia por la sangre del adoptado; por lo mismo, si este conflicto no es posible, el término "abandonado" o "expósito" puede interpretarse con amplitud, en interés del propio adoptado. Que la simple orfandad no basta por sí sola para ser adoptado plenamente lo dice la exposición de motivos: "No se ha estimado conveniente extender la adopción plena a los huérfanos, que siempre podrán ser susceptibles de adopción menos plena; aquella se configura tan solo para los abandonados o expósitos." Pero si la orfandad va acompañada de otras circunstancias que equiparan la situación del huérfano a la del abandonado (v.

gr.: hijo póstumo cuya madre fallece al dar a luz), por carecer de familia que le recoja, debería permitirse la adopción plena. Estos caso, pocos frecuentes en tiempos de paz, han sido numerosos en los países afectados por las últimas guerras, motivando una legislación especial que admite para tales huérfanos la adopción plena. Así, la ley francesa de 8 de agosto de 1.941 modificó el párr. 1º del a. 368 del Código Napoleón permitiendo la adopción plena de los menores de cinco años cuyos padres hayan muerto.

Al lado de los requisitos que acabamos de estudiar, las legislaciones establecen una serie de prohibiciones que pudieran compararse a los impedimentos matrimoniales, cuya naturaleza es diversa; algunas de ellas tienen tal carácter de generalidad que constituyen, juntamente con los requisitos de edad y consentimiento, verdaderas reglas de Derecho común legislativo comparado y en tal concepto han sido antes estudiadas; otras, por el contrario, son peculiares de ciertas legislaciones. A estas últimas limitaremos nuestro estudio.

En nuestro Derecho las prohibiciones referentes a los adoptantes no experimentan más alteración, en virtud de la L. de 24 de abril de 1.958, que la incluir en ellas a quienes tengan hijos naturales reconocidos. Dice el párrafo 2º del a. 173: "Se prohíbe la adopción: 1º. A los eclesiásticos. 2º. A los que tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos. 3º. Al tutor respecto de su pupilo hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente sus cuentas. 4º. Al cónyuge sin consentimiento de su consorte. Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente, y fuera de este caso nadie puede ser adoptado por más de una persona." Ahora corresponde estudiar las prohibiciones contenidas en los números 1º y 3º.

¿Que debe entenderse por "eclesiástico"? Para Valverde (136) son los ordenados "in sacris". Manresa (137) entiende por tales,

al igual que Puig Peña, los del a. 83, es decir, la prohibición alcanza a los religiosos profesos. Macías Senevela (138) estima que deben considerarse incluidos en la prohibición los que hayan recibido Ordenes mayores y pertenezcan al clero secular, pues el regular se atiene a sus reglas y como es imposible por ellas que los religiosos profesos puedan adoptar, el Código no se ha referido a ellos, porque lo que es imposible no se prohíbe.

Un argumento favorable a que la palabra "eclesiásticos", empleada en el a. 173, comprende a los religiosos profesos es que en el a. 237 se prohíbe a estos ser tutores y protutores, luego con mayor razón no podrán adoptar. Sin embargo, el C. c. no es fiel a esta idea, puesto que el a. 244 establece que los eclesiásticos pueden excusarse de la tutela y protutela, de donde resulta que por eclesiásticos hay que entender, según este artículo, quienes, habiendo recibido Ordenes mayores, no son religiosos profesos. Una vez más el Código adolece de falta de tecnicismo y, lo que es más grave, de incongruencia, ya que parece que el a. 173 comprende entre los eclesiásticos a los religiosos profesos, mientras que el a. 244 emplea el mismo término para designar a quienes no son tales religiosos profesos, sino clérigos seculares. Si el a. 173 quiso excluir a los religiosos profesos de la adopción debió señalarlos expresamente, estableciendo: "Se prohíbe la adopción: 1º. A los clérigos ordenados de mayores y a los religiosos de profesión solemne". Si, por el contrario, quiso permitirles adoptar, debió decir simplemente: "Se prohíbe la adopción: 1º A los clérigos ordenados de mayores", puesto que, según el canon 108 el estado clerical comprende a quienes han recibido Ordenes mayores y menores y, según el c. 132, mientras los priores no pueden contraer matrimonio válido, los clérigos menores pueden ciertamente contraer matrimonio, pero por el propio derecho dejan de pertenecer al estado clerical. De esta manera el Derecho civil se aproximaría más al canónico, habida cuenta de lo que establece, además, el c. 579: "La profesión simple, sea tem-

poral o perpetua, hace ilícitos los actos contrarios a los votos, pero no inválidos, a no ser que expresamente se previniese otra cosa; pero la profesión solemne, si son anulables, los hace también inválidos." La confusión deriva de la imprecisión terminológica: el Código civil debió emplear la voz "clérigo" en vez de la de "eclesiástico". La primera es más correcta desde el doble punto de vista, gramatical (ya que es siempre sustantivo, en tanto que "eclesiástico" es un adjetivo sustantivado, v.gr.: estado clerical, estado eclesiástico) y técnico, toda vez que es la utilizada por el Código de Derecho Canónico, el cual, dicho sea de paso, no prohíbe adoptar a los clérigos; el C. c. se muestra más restrictivo, al igual que en los impedimentos matrimoniales entre adoptante y adoptado, en cuya materia la ley eclesiástica se remite a la civil.

En conclusión, cabe afirmar que si los religiosos profesos han recibido Ordenes mayores les alcanza la prohibición del a. 173, 1ª, mientras que si no han sido ordenados de mayores podrán adoptar desde el punto de vista de la ley civil, con independencia de que la adopción se oponga a la profesión solemne, en cuyo caso la prohibición no viene impuesta por aquel Derecho sino por el canónico.

La prohibición de que los eclesiásticos adopten data de antiguo en nuestra Patria. Ya la ley 3ª, tít. XXII, lib. IV, del Fuero Real manifestaba que "ningun ome de Orden" podía adoptar; pero no fué tan exclusiva la ley, y admitió que, con otorgamiento del Rey, pudiese adoptar el llamado "ome de Orden". Así venía sucediendo hasta la ley de 1.838 que, al enumerar las gracias al sacar, omitió la de los eclesiásticos para obtener la licencia real necesaria para adoptar. El C. c., al confirmar la prohibición, parte del principio tantas veces citado de que la adopción imita a la naturaleza, y así como es legalmente imposible que el sacerdote adquiriera la paternidad, de idéntica manera le incapacita la ley para adquirir la adoptiva. Los autores señalan otras

razones, tales como las de que el sacerdote se debe a la humanidad en general; el llamamiento divino supone la renuncia a los afectos mundanos; consideraciones de orden moral (139), como el temor de que fuese la adopción un motivo de desmoralización por la facilidad de adoptar al hijo sacrílego, etc. Sea lo que fuere, lo cierto es que son escasas las legislaciones modernas que mantienen esta prohibición. El C. c. austriaco establece que no pueden adoptar los que hayan hecho voto solemne de permanecer en el celibato, aunque según la interpretación legal -a. 179, párr. 1 no se encuentran excluidos y pueden, por consiguiente, adoptar los profesores en Ordenes que no requieran voto solemne de castidad y los sacerdotes del clero secular, aunque estén obligados al celibato, porque esta obligación deriva del sacramento y no de un voto especial. En Cuba la prohibición es exactamente igual a la de nuestro Derecho, es decir, que no se atiene a que las personas hayan efectuado voto de castidad, sino que se refiere a los eclesiásticos, por quienes hay que entender no simplemente "los que están ordenados y admitidos en el número y Orden de la Iglesia", según el Diccionario de la Real Academia, sino la acepción técnica que antes hemos expuesto. Por tanto, no se refiere a la generalidad de los ligados con voto perpetuo de castidad; límitase exclusivamente a los que han recibido Ordenes sagradas y, a nuestro entender, Ordenes mayores, puesto que las menores pueden ser quebrantadas por determinación voluntaria y no ligan "per aeternum" al ordenado. El Código no se ha referido, por otra parte, de modo expreso a los religiosos profesores, a diferencia de lo establecido por el n.º 4.º del a. 83, pero como según sus particulares reglas no suelen poder adoptar, la consecuencia será la misma. Por otro lado, el voto de pobreza les imposibilita, dado el caso que pudieran adoptar, para la prestación de alimentos y desde el momento que se consagran exclusivamente a la vida de oración y recogimiento, renuncian a todos los afectos humanos. Esta cuestión había sido controvertida en Francia, pero desde la

S. de 28 de noviembre de 1.844 (S. 4411.801) han desaparecido todas las dudas y se ha impuesto la afirmativa de que los sacerdotes, los religiosos profesos y las religiosas pueden adoptar.

Es de tener en cuenta que esta prohibición concierne solo (salvo el caso del viudo que ingrese en religión) a la adopción menos plena, puesto que la plena han de llevarla a cabo los cónyuges. Esto así y habida cuenta de que el Código permite a los eclesiásticos ser tutores (salvo a los religiosos profesos), ¿no debería habérseles permitido la adopción menos plena?

Estimamos con Manresa y Mucius Scaevola que el clérigo apóstatata no podrá adoptar pues, aparte de las armónicas relaciones entre ambas potestades, si se reintegrase posteriormente a la religión quedaría burlada la ley.

Al contrario de lo que sucede con la prohibición que acabamos de examinar, la relativa al tutor se encuentra establecida con carácter más general en el Derecho comparado. La razón de impedir que el tutor adopte al pupilo hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente las cuentas concierne más a la regulación de la tutela que a la de la adopción propiamente dicha y es la ya expuesta por el Rey Sabio cuando nos dice (Part. IV, tít. XVI, ley VI) que "podrían sospechar que lo hacía con mala intención, porque non le dicesse cuenta de sus bienes, que auia tenido en guarda; o si gela dicesse, que non lo faria tan lealmente, nin tan bien como deuia". Razón, en suma, de moralidad, consistente en el temor de que el tutor abuse de su posición y se enriquezca a costa del menor adoptado, unida al deseo de evitar el retraso o inexacta y defectuosa rendición de cuentas en perjuicio del pupilo. Parece, sin embargo, a la vista del a. 166 y comparando esta prohibición con la del a. 45, nº 3º, que pudiera haberse establecido alguna excepción para la adopción menos plena. Señalemos, por último, que la jurisprudencia francesa, a falta de prohibición legal expresa, ha estimado válida la adopción del pupilo

por su tutor, cualquiera que fuese el momento en que se haya verificado (Trib. civ. Versailles, 8. 16 de octubre 1.923, D.P. 24.2. 161 y nota de Rouast) basándose en que, según la ley francesa, no adolecen de nulidad mas que las convenciones entre pupilo y tutor referentes directamente a la gestión de la tutela.

Resta, por último, hablar de ciertas prohibiciones que, desconocidas en nuestra legislación, llegar a revestir gran importancia en las extranjeras, hasta el punto de anular la adopción a que afectan. Tal sucede con la que impide adoptar a personas de diferente religión, contenida en la ley irlandesa de 13 de diciembre de 1.952, en los Estatutos revisados de Quebec y en algunos Estados norteamericanos (140). Otras veces se trata de motivos raciales, como las prohibiciones que contenían el a. 290 del C. c. italiano de 1.942 (141) y la ley alemana de 23 de noviembre de 1.933 que modificaba el a. 1.754 del B.G.B. (142), con la observación de que estas prohibiciones, desaparecidas en los países llamados "racistas", mantienen su vigor en el Sur de los EE. UU. Montana y Louisiana exigen que el adoptante y adoptado sean de la misma raza (Louisiana Revised Statutes of 1.950, IX, 422) y en Texas la prohibición alude expresamente a la raza negra.

Es relativamente frecuente la prohibición de la adopción entre personas de sexos diferentes, como sucede en Gran Bretaña (143), Colombia, Ecuador (144), Panamá (145), Quebec (146) y Terranova (147) atendiendo, sin duda, a salvaguardar una moralidad exacerbada, la misma que lleva a prohibir la adopción entre hermanos (Argentina, a. 5ª de la L. de 23 de septiembre de 1.948; Rumania, a. 284 del C. c. de 7 de noviembre de 1.939; Checoslovaquia, a. 1ª nº 5ª de la L. nº 56 de 28 de marzo de 1.928; Quebec, a. 4ª del cap. 324 de sus Estatutos; Salvador, a. 3ª de la L. de 3 de noviembre de 1.955), sin tener en cuenta que es preferible dejar esta materia a las costumbres sociales, aparte de que en la mayoría de los casos los requisitos de fondo, v. gr.: la edad, impiden estas adopciones. Es igualmente atendiendo a razones de

moralidad, pero concebida desde un ángulo distinto, por lo que las leyes inglesas y escandinavas prohíben la adopción lucrativa. (Gran Bretaña, aa. 3 y 9 Adoption of Children Act 1939 y 1950; Dinamarca, a. 9 L. 25 de mayo 1936; Finlandia, a. 14 L. 5 de mayo 1.925; Suecia, FB., cap. IV, a. 6). La adopción no debe dar lugar a ninguna gratificación ni procurar ninguna ventaja pecuniaria al adoptante, lo cual no impide que exista alguna en beneficio del adoptado, tomando para asegurar su empleo las correspondientes medidas el tribunal que aprueba la adopción. Ello es así porque el repentino reconocimiento legal de la adopción o las medidas legislativas encaminadas a favorecerla han dado lugar, en aquellos países donde antes era desconocida o poco practicada, al desarrollo de actividades comerciales un tanto ambiguas, según hemos expuesto al referirnos al control estatal, que el legislador ha querido prevenir. Así, la L. de 14 de junio de 1917, que introducía la adopción en Suecia, fué seguida de la la 28 de junio de 1923, según la cual el tribunal denegará la homologación de la adopción si se ha convenido alguna remuneración en provecho de cualquiera de las partes, o si se establece el pago de una cantidad por el mantenimiento y cuidados prestados al adoptado, salvo que se trate de una suma fija entregada en una sola vez a la Comisión protectora de la Infancia abandonada. También la Adoption of Children Act, 1926 había originado ciertas prácticas que la Adoption of Children (Regulation) Act, 1939 ha procurado reprimir regulando minuciosamente e incluso estableciendo sanciones penales, las actividades de las sociedades que intervienen para procurar niños a las personas deseadas de adoptar.

Los requisitos de la adopción que hemos estudiado no son, a veces, impuestos por las legislaciones de una manera rígida, sino que suele admitirse la dispensa de los mismos, cuya concesión compete bien al mismo órgano que aprueba la adopción, bien a otro superior. En algunos casos las dispensas son estrictamente lega-

les, en el sentido de que la propia ley la concede automáticamente. Así, en Argentina no es necesario que el adoptante tenga 40 años cumplidos cuando adoptan ambos esposos después de 10 años de casados; en Francia, la diferencia de edad de 15 años desciende hasta los 10 cuando el adoptado es hijo del cónyuge del adoptante (a. 344) e incluso podrá ser reducida por dispensa del Jefe del Estado. Guatemala va más lejos, no exigiendo en el mismo caso edad alguna al cónyuge adoptante. Según el a. 247 del Código venezolano no pueden adoptar quienes tengan descendientes legítimos o hijos naturales; no obstante, el tribunal competente puede, después de examinar la información realizada por los organismos oficiales protectores de la infancia, autorizar la adopción a los matrimonios con hijos, y según la jurisprudencia la misma autorización puede concederse a la viuda con hijos mayores. Conviene recordar también que el C. c. francés de 1.804 no exigía los requisitos normales de la edad en la adopción remuneratoria, criterio seguido actualmente por las escasas legislaciones que han conservado esta especie de adopción (C. c. boliviano, a. 187, C. c. luxemburgués, a. 345) (148). Ya hemos visto ejemplos de dispenses acordadas por decisión administrativa (Alemania, Francia, Terranova), no faltando legislaciones que permiten al juez pasar por alto el cumplimiento de los requisitos de edad a condición de que esto ceda en beneficio del adoptado. La Adoption of Children Act, 1926 concede un gran arbitrio judicial en este punto, lo mismo que las legislaciones de Queensland e Irlanda del Norte. El a. 291 del C. c. italiano de 1.942 permite rebajar la edad mínima del adoptante de 50 a 40 años y la diferencia de edad de 18 a 16 años por decisión especial del Tribunal de Apelación (149). En nuestro Derecho no se conocen tales dispenses.

De todas las clases de hijos, a saber, los legítimos, legitimados, naturales reconocidos o declarados judicialmente tales, naturales reconocidos e ilegítimos no naturales, las tres primeras

categorias no pueden ser objeto de ninguna clase de adopción, según se desprende de la prohibición contenida en el nº 2º del a. 173. Los hijos ilegítimos, sean o no naturales, pueden ser adoptados por sus padres en cualquiera de las dos clases de adopción admitidas por el Código. La innovación introducida en el régimen anterior consiste en que antes podían ser adoptados por sus padres los hijos naturales reconocidos, mientras que ahora esto no es posible. Prácticamente, sin embargo, se darían pocos casos de semejantes adopciones toda vez que los adoptados disfrutaban de menos derechos que los hijos naturales reconocidos y, por tanto, adoptarlos sería perjudicarlos (salvo que la presión social impidiese el reconocimiento, pues entonces la adopción serviría para cumplir un deber de conciencia, que es lo que pasa con los hijos adulterinos). Actualmente, en el Derecho común tampoco tendrá utilidad la adopción del hijo natural reconocido (y al no reconocido le convendrá más ser reconocido que adoptado) toda vez que, no reuniendo este respecto a su progenitor que le reconoció la condición de abandonado o expósito, la única adopción posible sería la menos plena. En cambio, en el Derecho foral catalán el hijo adoptivo tiene derecho a legítima en la herencia del padre, no así el hijo natural reconocido. Ahora bien, si se reconociesen al adoptado plenamente los mismos derechos que el hijo legítimo, sería conveniente permitir la adopción de los naturales reconocidos. Ello es lo que sucede en Francia, donde a falta de prohibición legal expresa, la jurisprudencia ha terminado por admitir la validez de la adopción del hijo natural, sea o no reconocido, y del adulterino por sus padres (S. del T. S. de 1º de abril de 1.846, D.P. 46.1.81; S. 46.1.273) y lo mismo ha resultado respecto a la legitimación adoptiva (S. Trib. civ. Briançon de 24 de mayo de 1946, confirmada por la de Grenoble de 26 de febrero de 1947) (150); en tales casos, como el padre o madre adoptante no puede consentir en dos conceptos a la vez, de una parte para autorizar la adopción y de otra como parte principal, la jurisprudencia

ola aplica por analogía el párr. 2º del a. 349 del C. c. (151) y llama a prestar el consentimiento para la adopción al consejo de familia (152). En Alemania y en Rumania ha sido igualmente la práctica la que, ante el silencio de la ley, había resuelto el problema en el mismo sentido permissivo, de conformidad con la tendencia que inspira la doctrina. Baudry-Lacantinerie (153) estudia la posibilidad de adoptar a los hijos naturales a través de la etapa codificadora y se muestra partidario de la solución permissiva. Colin y Capitant (154) se inclinan por la posibilidad de adoptar a los naturales no reconocidos, citando en apoyo de su tesis la L. de 13 de febrero de 1.909 que, modificando el a. 347 del C. c., permite la adopción del hijo natural no reconocido (155). Jossierand, comentando la solución jurisprudencial a que antes nos hemos referido (156), manifiesta que ha estado bien inspirada al consagrar el criterio liberal, si se piensa que en 1924 de 1.675 adopciones 745 lo fueron entre parientes, legítimos o naturales; en 1.928, de 1.555 adopciones, 22 lo fueron de hijos naturales reconocidos, 40 de hijos naturales no reconocidos, 127 de hijos políticos, 336 de sobrinos, 29 de otros parientes o afines y 981 de extraños; en 1.933, de 2.234 adopciones, las cifras son, respectivamente, 74, 71, 125, 306, 177 y 402. De Buen (157) estima que la adopción de hijos ilegítimos no naturales puede ser el medio de cumplir con un deber de conciencia; en cuanto a los naturales reconocidos no ve obstáculo fundamental (con referencia a la anterior legislación), si bien la adopción carece de objeto, pues concede menos derechos que el reconocimiento. La doctrina brasileña predominante, sostenida entre otros por el autor del Código civil de 1.916, C. Bevilacqua, se inclina a reconocer la posibilidad de que el padre o la madre adopten a sus hijos adultérinos: el a. 358 del C. c. brasileño, modificado por el D-L nº 4.737 de 27 de setiembre de 1.942 y por la ley nº 883 de 21 de octubre de 1.949, que prohíbe el reconocimiento del hijo adultérino o incestuoso, no se aplica a la adopción pues, como derega-

torio del Derecho común, se entiende que no es susceptible de una interpretación extensiva. Mucius Scaevola llega a las siguientes conclusiones (158): 1. El hijo natural reconocido no puede ser adoptado; 2. el no reconocido podrá serlo como un extraño no descubriendo su cualidad, porque si se descubriese, surgiría prepotente el reconocimiento, que anularía la adopción pretendida; 3. respecto de los demás hijos ilegítimos se impone la solución afirmativa, salva la excepción del hijo sacrílego por parte del padre o de la madre en quien concurra la citada causa de sacrilegio.

Es de notar que aunque la prohibición de que los padres adopten a sus hijos naturales reconocidos -cuyo origen se encuentra en las Novelas 74 y 89, que prohíben las adopciones de hijos naturales, porque implican gran absurdo y agrupan alrededor de los hijos legítimos a ciertos advenedizos- mantiene su vigencia en varios países, tales como Holanda (a. 344), Italia (a. 293) (159), Noruega (a. 1ª), Uruguay (a. 160) (160), Venezuela (a. 249) (161), ciertos Estados de Norteamérica, como Illinois, Minnesota, Nuevo México y Virginia, Idaho, Montana, Dakota del N. y del S., Oklahoma y Utah (162) y en la India bajo el régimen de la adopción "dattaka" (163), la tendencia actual se muestra favorable a su supresión. Así, la prohibición existente en Austria desde 1.816 fué suprimida en 1.914 y la ley checoslovaca de 28 de marzo de 1.928 (nº 56) ha permitido e incluso facilitado esta adopción, como ya lo hacían el Svod Zakonov ruso de 1.832 y los Códigos báltico de 1.864 y letón de 1.937 (a. 170). Entre las leyes que autorizaban o autorizan expresamente esta adopción pueden citarse el Código californiano de 1.872, la ley danesa de 26 de marzo de 1.923 (a. 4ª), la finlandesa de 5 de junio de 1.925 (a. 2ª), la sueca de 10 de junio de 1.949 (FB., cap. IV, a. 1ª) (164), el Código peruano de 1.936 (a. 327), el griego de 1.940 (a. 1.569) y las leyes inglesa de 1.939, belga de 1.940 (que modifica el a. 344 del C. c.) e irlandesa de 1.952 (165).

C A P I T U L O I I I

SUMARIO.- Requisitos de la adopción (Continuación).- 2. **Requisitos de forma (procedimiento de la adopción).**- A) **Caracteres generales:** a) la adopción, acto solemne; b) procedimiento especial; c) control estatal: a') externo; b') interno.- B) **Especialidades de la adopción de menores.**- C) **Diferencia de procedimiento según las clases de adopción:** a) Derecho extranjero; b) Derecho español.- D) **Clasificación de los sistemas legislativos.**- E) **Legislación española:** a) Duplicidad legislativa; b) Diferencias con la legislación anterior; c) Régimen legal vigente: a') formación de expediente y aprobación judicial: a'') casos generales; b'') adoptando sometido a tutela de algún Centro benéfico; b') Escritura pública; c') Inscripción.

Según hemos visto, la adopción no es un contrato sino un acto jurídico con tendencia a institucionalizarse. Como tal acto jurídico entra en la categoría de los actos solemnes, es decir, un acto para cuya validez exige la ley una forma especial. Pero esto solo no es suficiente, ya que la intervención estatal se refuerza hasta tal punto en la adopción que se exige la sanción de la autoridad pública. La adopción, además de ser un acto jurídico

solemne , es un acto procedimiento, en el sentido a que anteriormente hemos hecho referencia, siquiera esta afirmación tenga que amoldarse a la inspiración de cada legislación en particular.

Por otra parte, incluso aunque se quisiera prescindir de construcciones doctrinales es lo cierto que, en la práctica, se impone la necesidad de un procedimiento para la adopción, el cual adquiere el carácter de especial en virtud de las peculiares medidas que sancionan su eficacia. Se trata de controlar la institución como lo exigen, de una parte, su importancia y trascendencia; de otra, la misma política de favorecimiento, condicionada a la observancia de requisitos formales que redundan en beneficio del adoptado, sobre todo en la adopción de menores. He aquí la razón por la que este procedimiento llega a adquirir el carácter de verdadero requisito; no se trata ya de una cuestión meramente formal, externa, sino de los requisitos de forma de la adopción, con la misma importancia que los de fondo y en íntima conexión con ellos. Buena prueba de esto que decimos es que este procedimiento aparece regulado, de preferencia, en los Códigos civiles en lugar de serlo en las leyes procesales (166).

Naturalmente, esto no ha sucedido siempre y es curioso hacer notar que mientras en los Derechos antiguos la intervención estatal se encuentra, por regla general, fuertemente establecida, en el Derecho moderno no ha sido así hasta que se impuso la nueva concepción de la institución. En efecto, el sistema liberal e individualista del siglo pasado destaca el elemento contractual, que es el predominante, y por esto Planiol, por ejemplo, podía considerar como hecho insólito que el Código civil francés exigiera la homologación judicial del contrato de adopción (167). Se podía ver aquí, a fines del pasado siglo y principio del presente, una supervivencia del antiguo formalismo destinado a desaparecer cuando la adopción hubiese adquirido definitivamente su carácter de contrato de Derecho privado. Mas no ha sido así; lejos de ello, las legislaciones actuales tienden muy netamente a

restañar a la adopción su antiguo carácter de acto de Derecho público que interesa, no solo a las partes, sino también a la familia y a la sociedad y que, por tal motivo, debe ser controlada directamente por los órganos estatales.

El formalismo de la adopción juega de dos maneras diferentes: en sentido estricto, como las formalidades propiamente dichas sin cuya observancia el acto no es válido; en segundo lugar, por el establecimiento de un control que somete la adopción incluso en el caso de que se hayan cumplido todas las formalidades, a la indispensable aprobación de la autoridad pública. En el primer sentido se trata de comprobar si se cumplen los requisitos formales y en el segundo de una inspección sobre el fondo, de carácter casi discrecional en cuanto a las facultades concedidas al órgano competente para realizarla. El control meramente formal y externo está representado en toda su pureza por el Código civil francés de 1.804, que limitaba la intervención judicial a comprobar si se habían cumplido las condiciones legales señaladas objetivamente (168), mientras que la segunda concepción es característica de todas las leyes del presente siglo, cuando exigen que la adopción se funde en justos motivos y presente ventajas para el adoptando, y otorgan a los órganos llamados a verificar el control la facultad de estimar si concurren esos justos motivos y ventajas. La diferencia se percibe claramente en la ley francesa de 19 de junio de 1.923, cuyo a. 363 concedía al tribunal un poder discrecional para apreciar si la adopción se inspiraba en justos motivos y presentaba ventajas para el adoptado (169), mientras que el antiguo a. 355 no permitía al tribunal mas que comprobar si se habían cumplido todos los requisitos legales. El criterio de la L. de 1923 ha sido recogido por el D-L de 29 de julio de 1.939 en su a. 360, y es el sistema que inspira el Código federal suizo (a. 267), la ley alemana de 23 de noviembre de 1.933, la inglesa de 1.926 (a. 3) la belga de 1.940 (a. 343 del C. c.), los Códigos griego (a.

1.578), italiano (a. 312) (170), mejicano (a. 390), peruano (a. 326) y venezolano (a. 253), además de regir en Dinamarca (L. de 25 de mayo de 1.956, a. 82), R. Dominicana (L. de 13 de abril de 1.948), Hungría (L. de 6 de junio de 1.952, a. 49), Suecia (FB. cap. IV, a. 6), Uruguay (L. de 20 de noviembre de 1.945, a. 22) etc., pudiendo afirmarse también que es la dirección seguida por nuestra legislación, aun cuando la reciente reforma no haya sido sobre este punto todo lo clara que hubiese sido de desear.

Desde otro punto de vista, existen algunas legislaciones que establecen distintas formalidades para la adopción según que el adoptado sea mayor o menor de edad, bien entendido que tal mayoría de edad no equivale a la civil. En el primer caso la adopción se lleva a cabo con un minimum de solemnidades, conservando el acto cierto sabor contractual, mientras que cuando el adoptado es un menor, la ley acentúa los formalismos y se hace indispensable la intervención judicial, incluso la de organismos especializados en la protección a la juventud. Tal es el sistema establecido en los aa. 5 a 13 de la ley de 12 de agosto de 1.934 que ha introducido la adopción en Costa Rica (171) y por el a. 326 del C. c. peruano de 1.936. La protección a los menores se acentúa en algunos países exigiendo, además de la intervención judicial, un informe preceptivo de organismos especializados a los que se concede, a veces, un derecho de veto. En este sentido, la ley sueca de 1.949 (FB. cap. XI, a. 6) recogiendo el sistema de la ley de 1.917 dispone que, cuando el adoptando es menor de 18 años, la autoridad judicial encargada de homologar la adopción debe tener en cuenta el informe del Comité de Protección de Menores del distrito del adoptante y del adoptando. Las leyes de diversas provincias canadienses exigen la intervención de las autoridades competentes en materia de Public Welfare e incluso, con mayor especialización, del Child Welfare (172). La ley venezolana de 30 de diciembre de 1.949

confía al Consejo de la Infancia la tarea de proceder a una información previa al procedimiento judicial (173); la ley holandesa de 1.956 establece preceptivamente el informe del Consejo Central de Adopción y la checoslovaca de 7 de diciembre de 1.949 (nº 265) los de las Oficinas protectoras de la Juventud, mientras que la ley yugoslava de 1º de abril de 1.947 hace intervenir a los organismos tutelares. En Alemania, los tribunales ordinarios tienen normalmente facultad para apreciar la oportunidad de la adopción, pero es el tribunal de tutelas el que deberá comprobar si esta conviene al adoptado menor, requiriéndose además, en ciertos casos la intervención previa de la Oficina de la Juventud.

Las legislaciones que conocen varias clases de adopción suelen establecer diferente procedimiento para cada una de ellas. Así sucede en Francia, donde los aa. 358 a 364 del C. c. regulan el procedimiento para la adopción y el a. 369 del mismo Cuerpo legal el necesario para la legitimación adoptiva, existiendo entre ambos las importantes diferencias de que mientras para la adopción se exige, previamente a la intervención judicial, que los interesados presten su consentimiento ante los funcionarios que detalla la ley, de tal modo que la base de la adopción viene a constituir la ese acto solemne sobre el que ha de pronunciarse el tribunal, homologándolo o no, la legitimación adoptiva resulta tan solo de un juicio público, previa información y debate del tribunal a puerta cerrada; mientras la publicidad en materia de adopción se integra por la inserción del extracto de la resolución del tribunal en el periódico oficial del domicilio del adoptante y por la transcripción de la misma en el Registro civil del lugar de nacimiento del adoptado, haciendo mención de la adopción y de los nuevos apellidos del adoptado al margen del acta de nacimiento de este, la única publicidad conocida para la legitimación adoptiva consiste en su mención al margen del acta de nacimiento del legitimado.

Según los aa. 169 y 170 del Código de los menores uruguayo, la adopción ha de verificarse por acto auténtico, que se inscribirá en un libro especial de la Dirección General del Registro del estado civil y al margen del acta de nacimiento, mientras que los aa. 2,3, 6 y 7 de la ley de 20 de noviembre de 1.945, modificada por la de 26 de diciembre de 1.957, establecen que la legitimación adoptiva puede ser acordada únicamente por el juez de menores después de haber oído al Ministerio Público, siendo el procedimiento absolutamente secreto, escrito y gratuito, y la inscripción registral se verifica como si se tratase de un hijo legítimo inscrito fuera del plazo legal.

El C. c. italiano establece (aa. 311-314) para la adopción la necesidad del consentimiento de los interesados ante el Presidente de la Audiencia del domicilio del adoptante, exigiendo mente las oportunas informaciones del tribunal, la audiencia al Ministerio Público y la decisión sin enunciar los motivos, que se inscribe en el Registro, pudiendo ordenar la autoridad judicial la publicación de la adopción según el modo de publicidad que le parezca oportuno. Para la "affiliazione" establece el a. 406 que será declarada, previa información, por el juez de tutelas, quien debe tener en cuenta si está justificada por las condiciones familiares, morales y económicas del solicitante, y que ha de ser homologada por el tribunal.

En Luxemburgo se sigue un procedimiento muy parecido al francés, en cuyo Código se inspiran los aa. 353 a 360 del C. c., mientras que para la tutela oficiosa es competente el juez de paz del domicilio del menor. (Artº 363).

En los EE. UU. de América la adopción de los adultos ofrece una simplificación de formas respecto a la de los menores, por entender que aquellos no necesitan apenas la protección estatal. En la mayoría de los Estados, el procedimiento para la adopción

de los menores , que es judicial, se encuentra sometido a ciertas formalidades y plazos con objeto de proporcionar el maximum de garantías contra las adopciones demasiado rápidas, velando por el éxito de la institución. Se pueden distinguir las siguientes etapas en tales adopciones:

1ª. La PETITION es una solicitud formulada por el adoptante (o mejor, por el postulante) exponiendo sus condiciones personales (identidad, situación familiar, raza, religión, residencia -todo esto también del adoptando- recursos, consentimiento de los padres por naturaleza del adoptando o razones por las que no se ha obtenido o no es necesario, y los argumentos favorables a la adopción) y solicitando la oportuna decisión ("decree").

2ª. El PROBATIONARY PERIOD es un periodo de ensayo durante el cual el adoptando y los futuros padres adoptivos viven como si ya se hubiese pronunciado la adopción. Su duración es de seis meses a un año y puede tener carácter previo en relación con la "petitio" o posterior, en cuyo caso el tribunal emite una decisión provisional (interlocutory decree) que se convierte en definitiva una vez se ha verificada la oportuna

3ª. INFORMATION o encuesta sobre las aptitudes morales y materiales del adoptante, a cargo generalmente del Public o Social Welfare o de una organización o persona privada competente designada por el tribunal. De forma que los diferentes estadios por los que puede atravesar la adopción son: solicitud, periodo de prueba, información, eventualmente aprobación provisional y aprobación definitiva. Los tribunales ante los que tiene lugar el procedimiento son tribunales ordinarios, de los que existe una gran variedad: District, Probate Municipal, Juvenile, Orphans Courts, etc.

En Inglaterra la adopción resulta de una decisión (adoption order) emanada de la High Court of Justice, los County

Courts o los Juvenile Courts, a elección del adoptante, que pug de elegir y dirigirse indistintamente a cualquiera de estos tribunales. El procedimiento es público, oyendo a las autoridades locales y a las instituciones de caridad, en su caso. Las personas que deben consentir la adopción pueden comparecer o dar su consentimiento por escrito. El elemento más importante es el tutor ad litem del menor, que defienden sus intereses y es nombrado por el Tribunal. Los County Courts y los Juvenile Courts suelen designar a un asistente social, y la High Court un letrado. Se exige que el menor haya permanecido durante tres meses al menos, anteriores a la adopción, de manera continua bajo los cuidados de los solicitantes. El tribunal puede dictar una decisión provisional antes de la definitiva.

En Escocia los tribunales competentes son los Sheriff Courts y los Juvenile Courts y el Court of Session (correspondiente al High Court londinense) aunque competentes en principio, intervienen raramente.

En Irlanda del Norte, el tribunal emite una "interim order" que confía el menor al adoptante por un periodo variable de tres meses a dos años, durante el cual el tutor ad litem visita al menor periódicamente, informándose de los cuidados que se le prestan.

La adopción se inscribe en el Adopted Children Register y al margen del Registro de nacimientos.

En nuestra Patria el procedimiento es común para ambas clases de adopción, con la salvedad del secreto para la primera de ellas, que lleva consigo diferente tratamiento de la inscripción en el Registro civil. Sin duda, a pesar de lo que diga el legislador, las diferencias entre una y otra clase de adopción no son tan grandes que justifiquen un procedimiento distinto. Tan solo tratándose de expósitos o acogidos existe una ligera diferencia, pues la tramitación del expediente se lleva a cabo, en este caso por la propia Administración del Establecimiento.

El formalismo de la adopción, entendido en sentido estricto, puede presentarse en las legislaciones de dos maneras diferentes. Lo más frecuente es que el acto sea autenticado primero y luego homologado por la Autoridad competente, resultando la adopción desdoblada en dos actos diferentes, la escritura pública y la homologación, como sucede en casi todos los países de la Europa continental, si bien es de tener en cuenta que mientras en el sistema francés la intervención de la autoridad judicial es posterior a la autenticación del acto, en el sistema español, seguido por algunos países de América, la autorización judicial tiene carácter previo y solo una vez concedida pueden los interesados acudir ante el funcionario público -generalmente notario- para otorgar la correspondiente escritura.

En un segundo sistema, cuyo primer ejemplo nos lo ofrece la legislación del Bajo Imperio, el acto es redactado directamente por la autoridad judicial o administrativa ante la que comparecen las partes, como sucede en Inglaterra, donde el tribunal posee amplios poderes para insertar las cláusulas que estime convenientes dada la respectiva situación de las partes y los intereses en juego. El sistema seguido por el C. c. italiano de 1942 el rumano de 1.939 y el griego de 1.940 se aproxima a este modelo. A veces, aunque más raramente, el acto de adopción la extingue de la autoridad administrativa; tal sucede en los países en los que la adopción resulta de la declaración efectuada por el oficial del Registro civil. En Dinamarca la adopción se concede por decreto real y en Queensland resulta igualmente de una disposición administrativa, lo mismo que en la U.R.S.S., donde es competente el órgano de tutelares, sistema seguido también por la ley húngara de 1.952. Por todo ello, teniendo en cuenta la competencia para llevar a cabo la adopción, se pueden distinguir los siguientes sistemas legislativos en la materia:

1. La adopción como acto de Derecho privado: Derecho musulmán (en la medida que conoce esta institución) y Derecho chino antiguo en el que bastaba cualquier escrito y aún no era necesario cuando el adoptado había sido tomado a cargo del adoptante desde edad temprana y tratado por este como hijo.

2. La adopción como acto jurídico especial (no-contrato):

A) Sistema judicial puro (exclusiva competencia de los órganos judiciales):

a) Competencia del tribunal civil ordinario (domicilio del adoptante): Argentina, Bolivia, Bulgaria, Canadá (Nueva Brunswick, Nueva Escocia, Ontario, Isla del Principe Eduardo, Quebec y Terranova), EE. UU. de América (en general), Finlandia, Gran Bretaña, Grecia, Guatemala, Israel, Italia, Nueva Zelanda, Polonia, Puerto Rico, Uruguay (para la legitimación adoptiva) y Venezuela.

b) Competencia de un tribunal especial: Australia (Australia Meridional (174), Nueva Gales del Sur, (175), Victoria) y Unión Sudafricana (176).

B) Sistema administrativo puro (exclusiva competencia de los órganos administrativos):

a) Se requiere la autorización de un órgano administrativo: Dinamarca y Noruega (autorización real), Irlanda (177), Hungría, Islandia (autorización del Presidente de la República), Queensland (179), Rumania, U.R.S.S. (178) y Yugoslavia.

b) Basta un acto público: Brasil, Costa Rica (180), Perú (en la adopción de mayores) y Uruguay (para la adopción).

C) Sistema mixto (intervención administrativa y judicial):

a) La solicitud se presenta a un órgano administrativo, el cual, si la investigación practicada es satisfactoria, la traslada al tribunal que ha de decidir: Canadá (Columbia Británica, Alberta, Manitoba y Saskatchewan).

b) La solicitud se presenta ante el tribunal que ha de decidir a la vista del informe emitido por un órgano administra-

tipo: Checoslovaquia, Holanda.

c) Necesidad de un acto jurídico solemne y de aprobación del órgano judicial:

a') La aprobación del tribunal recae sobre el acto de adopción (sistema de la homologación judicial): Alemania, Austria, Bélgica, Brasil (en el Derecho anterior al actualmente vigente), República Dominicana, Francia, Luxemburgo, ⁽¹⁸¹⁾ México y Suiza.

b') El acto de adopción se redacta una vez ha sido aprobada la adopción por el órgano judicial (sistema de la aprobación judicial previa): ESPAÑA, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Panamá, Perú (en la adopción de menores) y Salvador.

c') El acto público puede ser previo o posterior a la aprobación judicial: Turquía.

Se adscribe nuestra Patria, como hemos visto, al sistema mixto, caracterizado por la doble intervención administrativa y judicial, representadas respectivamente por el notario y por el juez, y, dentro del mismo, a un subgrupo cuya última especialidad consiste en que la aprobación judicial ha de preceder a la formalización de la adopción mediante la correspondiente escritura y, naturalmente, a la inscripción en el Registro (182). Por otra parte, nuestra legislación sigue el criterio de encomendar la aprobación a los jueces ordinarios (181 bis).

Se plantea el problema de duplicidad legislativa, por cuanto se regulan los requisitos formales de la adopción en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento civil. El primero le dedica los aa. 176 y 177, de los cuales este es una transcripción literal del anterior artº 179 sin más alteración que el cambio de lugar de la palabra "definitivamente"; en cambio, el a. 178 ofrece importantes diferencias con el anterior a. 176, como con la introducción de todo el párrafo segundo, que viene a ser un resumen de los aa. 2º y 3º de la L. de 17 de octubre de 1.941, la de limitarse los casos de intervención del Ministerio Fiscal a los ca-

ses de adoptandos sometidos a la tutela de una Casa de Expósitos u otro Establecimiento benéfico (no obstante, ya veremos como el Fiscal debe intervenir en todos los casos de adopción de menores: a. de su Estatuto), el de hacer referencia al expediente previo, hablarse, recogiendo la terminología procesal de adoptando en vez de adoptado, assimilar, a efectos del consentimiento, los casos del menor y del incapaz, establecer la absoluta necesidad del consentimiento del cónyuge del adoptando que antes no se exigía y declarar expresamente la nulidad de la adopción en la que no se cumplan los requisitos legales (párr. 3º). Interesa subrayar la importancia de la omisión del último inciso del antiguo a. 178, lo que plantea el problema de si no exige nuestra actual legislación la conveniencia de la adopción para el adoptado, tratado anteriormente, que debe ser resuelto en sentido afirmativo por las razones allí expuestas, como son, entre otras, que si para declarar extinguida la adopción establece el párr. 2º del nº 1º del a. 175 que el juez resolverá "lo que estime más conveniente para este" (o sea, para el adoptado) no se ve una razón alguna para que no haya de tenerse igualmente en cuenta esa conveniencia al autorizar la adopción, máxime teniendo en cuenta que el a. 1.831 de la L. E. C. manifiesta: "Si el juez estimare que procede la adopción según derecho y que es útil al adoptando, concederá la autorización..." y la L. E. C. ha de entenderse derogada tan solo en lo que se oponga al C. c. no en defecto de expresión de este.

La Ley de Enjuiciamiento civil dedica al procedimiento de la adopción los artículos 1.825 a 1.831, correspondientes al título II del libro XII, referente a la jurisdicción voluntaria. Estos preceptos constituyen una regulación supletoria con respecto a los del Código civil y solamente son aplicables en cuanto no se opongan a lo expresado en este. Por tal razón ha de entenderse derogado el a. 1.832 de la misma, pues las adopciones mediante otorgamiento del Rey y las arrogaciones son instituciones que hoy ya no existen (183).

Prescindiendo de reproducir aquí toda la polémica en torno al concepto de jurisdicción voluntaria, interesa llamar la atención sobre el hecho de que la inmensa mayoría de los procesalistas sostienen que la llamada impropia jurisdicción involuntaria no es una actividad jurisdiccional, sino administrativa, cuyo ejercicio no es conceptualmente necesario que se atribuya a los jueces y, de hecho, no se les atribuye exclusivamente, por cuanto participan en ella los notarios, registradores, etc., es decir, órganos administrativos. En confirmación de este aserto basta recordar la diversidad de sistemas en punto al procedimiento de la adopción y como, según algunos, es una actividad exclusivamente administrativa. Se trata, en todo caso, de lo que se ha llamado "administración judicial del Derecho privado" (184).

De los citados artículos de la L. E. O., así como de los aa. 176 y 177 del C. o. resulta la división del procedimiento en tres fases, con la subdistinción, en la primera de ellas según que el adoptando esté o no sometido a la tutela de algún Centro benéfico. El procedimiento se compone de las siguientes fases:

- A) Formación de expediente y aprobación judicial.
- B) Otorgamiento de escritura pública ante Notario.
- C) Inscripción en el Registro civil.

A).- 1. Adoptando no sometido a la tutela de Centro benéfico.-

El a. 176 del C. o. comienza diciendo que "la adopción se autorizará previo expediente". Este expediente, cuya finalidad es obtener la oportuna autorización judicial para que la adopción pueda efectuarse (185), se inicia por medio de solicitud o escrito dirigido al Juez de Primera Instancia del domicilio del adoptante (aa. 1.825 y 63, regla 16 de la L.E.O.), siendo potestativo valerse de Abogado y procurador (a. 4º, nº 7º de la L.E.O.), en cuyo escrito el solicitante expondrá las razones que tenga para ello y que concurren los requisitos legales. Esta solicitud ha

de ser suscrita por el adoptante o adoptantes (186) o por su representante legal. También pueden suscribirla el padre o la madre que tengan bajo su potestad al adoptando, en cuyo caso se ratificarán en ella ante el juez (a. 1.826) y si no la hubiesen suscrita deberán dar su consentimiento a presencia judicial, consignándose en los autos. Esta disposición se encuentra modificada por el a. 176 del C. o. según el cual "necesariamente se manifestará a presencia judicial el consentimiento del adoptando mayor de edad, si fuere menor o incapaz el de las personas que debieran darlo para su matrimonio, y si fuere casado, el de su cónyuge (187). A la solicitud antedicha se acompañarán las partidas de bautismo o certificaciones de nacimiento del adoptante y adoptando, y los demás documentos que sean pertinentes, y se ofrecerá información (testifical) sobre los extremos que no pueden justificarse con documentos (188), y sobre la utilidad de la adopción para el adoptando.

Una vez recibidos estos documentos, si el adoptando es mayor de siete años y menor de 21, el juez le hará comparecer para explorar su voluntad, consignándose también en los autos si está conforme con la adopción o no la contradice. Decimos si es menor de 21 años porque como el mayor de edad debe consentir la adopción, huelga la exploración de su voluntad. La prestación del consentimiento tiene también lugar a presencia judicial (a. 176 C. o.) (189).

Después de haber examinado al adoptando, en su caso, y de haber recibido el consentimiento de las personas llamadas a prestarlo (190), el juez admite la información ofrecida con citación del Promotor fiscal (191). Esta información deberá ser, por lo menos, de tres testigos, de cuyo conocimiento dará fé el actuario, y si no los conociere, se presentarán dos testigos que respondan del conocimiento de aquellos. Dada la información, se pasará el expediente al Promotor fiscal, por término de seis días, para que emita dictamen sobre si se han justificado en forma los requisitos legales para la adopción, o si estima necesario que se amplie la justificación, o se subsane algún defecto en el procedimiento.

De aquí resulta claramente establecida la intervención del Ministerio fiscal, lo que borra la posible diferencia existente entre los párrafos 1º y 2º del a. 176 del C. c. a este respecto. Tal intervención está de acuerdo con las atribuciones que a dicho Ministerio corresponden, según los números 3º y 5º del a. 2º de su Estatuto, aprobado por R. D. de 21 de junio de 1.926 (191 b).

Devuelto el expediente por el Fiscal y subsanados o suplidos, en su caso, los defectos u omisiones que hubiere notado, el juez llamará los autos a la vista, y dentro de cinco días dictará auto motivado (a diferencia de lo establecido en el Código civil francés (192) y en el italiano (192), con la resolución que estime procedente.

El criterio que ha de seguir el juez para aprobar o no la adopción resulta del a. 1.831 de la L.E.O., el cual se fija en dos circunstancias, una de derecho y otra de hecho. La primera consiste en que se hayan cumplido todos los requisitos legales de fondo y forma; la segunda, en que la adopción sea útil al adoptando. Y ambos criterios no hacen sino traducir de otro modo el requisito de los justos motivos y ventajas, estudiado en otro lugar, al cual nos remitimos. Si el juez estima que procede la adopción según derecho y que es útil al adoptando, concederá la autorización y licencia judicial (193) para que se lleve a efecto, mandando que se libre y entregue a los interesados el oportuno testimonio para el otorgamiento de la correspondiente escritura. Caso contrario, el juez denegará la autorización (194). En tal caso, como la decisión no tiene la autoridad de cosa juzgada, las partes pueden renovar la solicitud, volviendo a comenzar el procedimiento.

2. Adoptando sometido a la tutela de algún Centro benéfico.

Las especialidades, según el párr. 2º del a. 176 del C. c., son las siguientes:

"El expediente se tramitará exclusivamente por la Administración del Establecimiento, haciendo las comprobaciones neces-

rias, oyendo al adoptado, si tuviere suficiente juicio, y a sus más próximos parientes, si fueren conocidos. El expediente se elevará al juez, quien en el plazo de ocho días, y previa audiencia del Ministerio fiscal, lo aprobará o señalará las causas que lo impidan." Los reglamentos de dichos Centros benéficos suelen contener algunas referencias a los expedientes de adopción. Así, el a. 86 del Reglamento de régimen interno del Instituto provincial de Puericultura e Inclusa de Madrid, establece que "las adopciones se llevarán a cabo en todos los casos con arreglo a las disposiciones vigentes, a cuyos preceptos será ajustada la tramitación de los respectivos expedientes y condiciones que a estos efectos deban reunir los solicitantes.- Por delegación del Excmo. Sr. Presidente de la Corporación Provincial, se considera autorizado el Director de la Institución para suscribir las actas notariales oportunas, sin perjuicio de que dicha Autoridad acuda personalmente cuando lo crea conveniente a formalizar las actas de defunción."

La ley sanciona la inobservancia de los requisitos legales con la nulidad de la adopción (párr. final del a. 176). Ahora bien ¿a qué requisitos se refiere el Código? ¿Se trata solamente de nulidad por defectos del procedimiento o cabe también invocarla por falta de los requisitos de fondo? A nuestro entender, aún cuando el párr. final del a. 176 se refiera tan solo a los requisitos enumerados en dicho artículo, como lo demuestra la palabra "estos", toda violación de las reglas de fondo, de forma o de competencia, entraña la nulidad de la adopción. Mas en los casos en que haya existido error, violencia, intimidación o dolo, como también los vicios del consentimiento, la acción será de nulidad relativa y, por tanto, solo podrán utilizarla la parte cuyo consentimiento fué viciado y sus herederos. Igualmente creemos, sobre todo tratándose de los acogidos en Establecimientos benéficos, que solo podrá fundamentarse la acción de nulidad en el error concerniente a la persona cuando se refiera a la identidad física o civil de

ésta, pero no el relativo a las cualidades psíquicas, morales o intelectuales. Por otra parte, hay que entender que el juez de instancia es sobrano en la apreciación de la prueba, esto es, en la de la utilidad para el adoptando, de tal modo que una vez afirmada su existencia no cabe controversia sobre este extremo. Tales cuestiones serán tratadas más adelante, al hablar de la extinción de la adopción, con la advertencia de que los supuestos de inexistencia y nulidad absoluta son casos de extinción impropios, pues lo que nunca ha existido no puede dejar de ser. No obstante, como existe una apariencia de adopción que produce efectos si no se ejercita la acción de nulidad, semejante modo de expresarse no es peligroso.

La impugnación de la adopción en los casos del a. 175 del C. c. implica un procedimiento contencioso. Fuera de este supuesto de impugnación que no es, en realidad, un verdadero recurso, nuestras leyes no hacen referencia, a diferencia del a. 363 del C. c. francés (195), a los posibles recursos contra la decisión judicial. Por ello, estos son los que resultan de las reglas generales contenidas en los aa. 1.819 a 1.822 de la L.E.C., a tenor de lo preceptuado en el a. 1.824 de dicho Cuerpo legal. No se opone a la admisión de estos recursos el principio de irrevocabilidad de la adopción, pues este ha de ser entendido en el sentido de que la adopción es irrevocable una vez que, en su caso, ha recorrido los diversos grados jurisdiccionales y de ningún modo puede significar una merma de los principios procesales en esta materia (196), habida cuenta, además, de la expresión "aprobada definitivamente la adopción" que emplea el a. 177.

El problema de los posibles recursos contra la decisión judicial homologando o rehusando la homologación de la adopción, no ha dejado de plantear divergencia de opiniones en Francia. En primer lugar, la doctrina critica el carácter demasiado escueto de la reglamentación contenida en los aa. 368 a 370 para

la adopción (197). De otro lado, se manifiesta contraria a la exageración de las diferencias existentes entre la adopción y la legitimación adoptiva, llevada a cabo por los tribunales y en cuya virtud estos muestran repugnancia a admitir la oposición de terceros contra las sentencias de legitimación adoptiva (Trib. civ. París, S. 3 de febrero 1949; J.C.P. 49.2.4911; Trib. Briançon, S. 24 de mayo 1946, R.T.D.C., 1947 p. 317 y S. 47.2.57; Trib. civ. del Indre, S. 22 de noviembre 1927, D.P. 28.2.1; Trib. civ. Châteauroux, S. 12 de marzo 1.926), desconociendo el paralelismo existente entre ambas instituciones. Se funda para mantener esta posición en que la oposición de terceros no es recibida contra los actos de jurisdicción voluntaria. Mas la reciente jurisprudencia y la legislación, admiten esta vía de recursos contra todas las decisiones de la Chambre du conseil, de naturaleza susceptible de perjudicar a terceros, sin distinguir según su carácter contencioso o gracioso (S. 5 de julio de 1.926, S. 26.1.341; Ley de 15 de julio de 1.944 que modifica el artº 888 del Cod. proc. civ.; vid. Morel, Traité élém. de proc. civ. 2ª edic. nº 686). En realidad y sin desconocer que, en ocasiones, la vía de nulidad es preferible a la oposición de terceros, lo esencial es que los interesados tengan a su disposición un medio de salvaguardar sus intereses comprometidos por una adopción irregular. Se puede comparar lo que sucede aquí con el concordato de una quiebra que, a pesar de su homologación, es susceptible de anulación (198).

La jurisprudencia turca admite que toda sentencia, favorable o contraria a la adopción, es susceptible de recurso de casación, sin que esto impida a los interesados interponer la acción de nulidad por defecto de fondo o de forma; y esta acción de nulidad no está sometida a prescripción (S. de 23 de enero 1948) (199). En cambio, la ley alemana de 12 de abril de 1.938 antepuso el siguiente párrafo al párrafo 1.756 del B.G.B.: "Por la confirmación firme se subsana la inobservancia de alguna formalidad

prescrita para la adopción."

B) Aprobada definitivamente la adopción por el juez, se otorgará escritura, mediante el oportuno testimonio de la resolución judicial que a este fin se habrá entregado con anterioridad a los interesados. En dicha escritura, ante notario, intervendrán el adoptante, el padre o madre del adoptando, y éste si fuere mayor de 14 años (a. 1.831 de la L.E.C.), pero es evidente que habrán de intervenir en el otorgamiento de la escritura las personas que prestaron su consentimiento a presencia judicial y, además, el citado artículo de la ley procesal se encuentra modificado por los aa. 176, 59, 317, 318 y 1.263 del C. c. A los sumo, la intervención del menor en la escritura podrá concedérsele a partir de los 18 años, con la concurrencia de terceras personas, salvo los supuestos de emancipación. En la escritura se expresarán las condiciones en que se haya hecho la adopción. Con el empleo de la palabra condiciones parece aludir el a. 177 del C. c. a las cláusulas potestativas, puesto que no cabe la aceptación técnica por no poder sujetarse la adopción a condición ni modo, según hemos dicho con anterioridad. Tales cláusulas tan a lo podrán operar en la medida y dentro de los límites que la ley autoriza, sin que puedan las partes ir más allá, aunque pueden no hacer uso de las facultades concedidas por el legislador. El posible conflicto originado por la inserción de una cláusula no permitida por la ley (v. gr.: pacto sucesorio que excede de los dos tercios autorizados por el párr. 4º del a. 174) parece que no podrá tener lugar si se piensa que tales cláusulas deberán insertarse en la correspondiente solicitud, y el juez no autorizará la adopción con esas condiciones por no estar ajustada a la ley.

C) La inscripción en el Registro es una formalidad posterior a la adopción, necesaria para que esta surta efectos contra ter-

ceros. En este sentido se manifiesta el párr. 2º del a. 365 del C. c. francés: "L'adoption n'est opposable aux tiers qu'à partir de la transcription du jugement ou de l'arrêt d'homologation." La regla general es que la inscripción tenga lugar en el Registro del estado civil, como sucede en Francia (a. 364 D. c.), Bolivia (Ley del Reg. civ. de 2 de noviembre de 1.898, que entró en vigor el 1º de enero de 1.940, y Reglto. de 3 de julio de 1.943), Colombia (aa. 32 y 37 del D. nº 1.003 de 1.939), Chile (a. 3º de la L. de 21 de noviembre de 1.943; para los extranjeros se inscribe en la 1ª sección del Registro de Santiago), Turquía (a. 256 del C. c.), etc., si bien no son raras las inscripciones efectuadas en Registros especiales: v. gr.: Adopted Children Register inglés.

No faltan legislaciones que, previamente a la inscripción, exigen la publicación en los periódicos oficiales: Francia (a. 364), Costa Rica (L. de 19 de mayo de 1.953, a. 8º), Italia (párr. final del a. 324 del C. c.), etc.

A la inscripción en el Registro civil "correspondiente", según manifiesta el a. 177, párr. final del C. c., se refieren los aa. 46 y 56 de la Ley del Registro civil de 8 de junio de 1.957 y los aa. 6, 21, 22, 36, 37, 175, 201 a 204 de su Reglamento, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1.958. Dejando para otro lugar el estudio de los artículos concernientes a los apellidos del adoptado, resulta que la adopción ha de inscribirse al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento (a. 46 LRC), consignándose si se trata de adopción plena o menos plena (a. 175 del Regl.). El plazo para efectuarla es de tres días (a. 6º del Regl.). Además habrá de constar en los Libros de Familia y de Filiación (aa. 36 y 37 del Regl.). La inscripción de la adopción plena pretende, más que lograr la publicidad, consagrar una ficción legal completa.

TERCERA PARTE

E F E C T O S D E L A A D O P C I O N

C A P I T U L O I

SUMARIO.- Efectos de la adopción.- 1. Ideas generales.-

A) Su posible determinación por: a) la voluntad de las partes (cláusulas potestativas); b) el órgano que aprueba la adopción; c) la ley.- B) Principios fundamentales: a) creación de un vínculo legal de filiación; b) diversidad de efectos según las clases de adopción; c) el adoptado continúa formando parte de su familia por naturaleza; d) ruptura de vínculos entre el adoptado y su familia natural.- 2. Sistemática: A) Efectos con relación a la familia natural: a) patria potestad; b) apellidos; c) impedimentos matrimoniales; d) alimentos; e) derechos sucesorios.

Las cuestiones que se agrupan bajo el nombre de efectos de la adopción constituyen su aspecto más delicado, debido a los intereses, a menudo contrapuestos, que se encuentran en juego. De

una parte, el deseo de equiparar la adopción a la filiación natural y el de proteger al adoptado menor; de otra, el no olvidar los derechos de la familia del adoptante, sobre todo de sus próximos parientes, igualmente dignos de protección. Unase a esto que, en algunos casos, se estima conveniente no romper totalmente el vínculo que une al adoptado con su familia por naturaleza y se tendrá idea de la variedad de intereses que el legislador está llamado a tutelar, dando por resultado una similar complejidad de efectos que pretenden, a veces, satisfacer las cuestiones particulares que pueden presentarse, sin limitarse a las generales. Todo esto origina un régimen legal, flexible o complicado, según se admitan o no en la regulación de los efectos la influencia de la voluntad de las partes, manifestada en las cláusulas potestativas que se insertan en la escritura de adopción, o la del órgano que debe autorizar ésta. Lo primero no es hoy día frecuente en las legislaciones, debido a la superación de la idea contractual con referencia a la adopción; sí lo era, en cambio, en las legislaciones del siglo pasado, cuyo ejemplo puede encontrarse en el Código civil servio de 1.844, el cual admitía la adopción bien tomando al adoptado por hijo sin ninguna excepción ni condición (a. 137), bien limitando los efectos de esta adopción (a. 143), o bien considerándose el adoptante como "tutor alimenticio" y el adoptado como su pupilo, cuyos derechos se limitan, respectivamente y en principio, al respeto y al mantenimiento y educación, equivalentes a nuestros alimentos (a. 144). Actualmente, como decimos, sólo de manera muy restringida se admite el libre juego de las voluntades particulares. En nuestro Derecho puede estimarse que alude a esta particularidad el a. 177 del C. c. al decir que se expresará en la escritura las condiciones en que se haya hecho la adopción, pues con esta impropia palabra no puede aludirse a la adopción condicional, sino a los pactos autorizados por la ley (aa. 174, párr. 3º y 180, párrs. 3º y 4º).

Por el contrario, es frecuente que las legislaciones modernas concedan al órgano competente para aprobar la adopción facultades para aprobarla introduciendo las modificaciones que orea convenientes según las circunstancias del caso. Así, el a. 352 del C. c. francés permite al tribunal romper los vínculos jurídicos que unen al adoptado con su familia natural, a reserva de las prohibiciones matrimoniales y otras legislaciones contienen disposiciones más generales, como el a. 3º de la ley sueca de 10 de junio de 1.949 y, en general, las leyes de los restantes países escandinavos y la Adoption of Children Act 1926.

En el estudio de los efectos de la adopción hay que partir necesariamente de dos principios fundamentales: uno, el de que el efecto esencial de la adopción consiste en la creación de un vínculo puramente legal de filiación (200); otro, el de que los efectos son distintos según las clases de adopción (201). Pero ambos hay que interpretarlos con la necesaria cautela, pues no llegan a alcanzar todavía validez universal en el Derecho comparado. Por lo que hace al primero de ellos, que determina el nacimiento de la familia adoptiva, resulta que ésta es más reducida en extensión y alcance jurídico que la familia legítima e incluso que la familia natural. Esta es la regla general (202). Pero aquí, a la inversa de lo que ha podido observarse para los requisitos de la adopción, se acusa en mayor grado la diversidad doctrinal y legislativa que da por consecuencia, al ponerse en relación con el segundo de los citados principios, que dicha regla general se atempera en aquellas legislaciones que, conociendo dos clases de adopción e incluso una sola, siguen el sistema de la adopción plena. Pues, en efecto, las dudas y vacilaciones que se advierten en los diferentes sistemas legislativos tienen su raíz más honda en los orígenes romanos de la institución, ya que si bien el antiguo Derecho romano mantenía una fuerte concepción de la adopción de acuerdo con la función que estaba llamada a

desempeñar en el seno de la familia agnaticia, en el Derecho justinianeo desaparecieron los efectos esenciales de la adopción antigua para no conser de hecho y salve excepciones limitadas mas que una adopción menos plena. El desacuerdo existente entre las legislaciones modernas e incluso el existente en ocasiones entre ciertas de sus normas de Derecho interno, obedece en parte a las dudas del legislador entre los dos sistemas de la adoptio plena y de la adoptio minus plena. Así se explica la existencia de principios incompatibles, al menos aparentemente, como el de que el adoptado pasa a formar parte de una nueva familia y, no obstante, conserva los derechos con relación a su familia natural. Esta última regla, traducción literal del actual párrafo 1º del a. 351 del C. c. francés (203), constituye una manifestación del favorable trato que recibe el adoptado y debe entenderse con las necesarias salvedades. Primero, porque si bien es cierta para aquellos derechos que, utilizando una terminología registral, pudiéramos llamar compatibles o compenetrables, no lo es en cambio para los que no reúnen esta cualidad, los cuales resultan afectados por la adopción. Así nada se opone a que el adoptado haga efectivos sus derechos sucesorios en la familia natural con independencia de los que pueda tener en la herencia del adoptante; pero la patria potestad la ejerce exclusivamente el adoptante, juntamente con los derechos que de ella se derivan, y el derecho a alimentos no puede acumularse. Segundo, porque con referencia a nuestra legislación y a aquellas otras que admiten varias clases de adopción, es preciso distinguir entre las mismas. En general, esta regla se aplicaría solamente a la adopción de efectos más débiles, es decir, en nuestra Patria a la adopción menos plena y en Francia a la adoptio minus plena, y no a la adopción plena ni a la legitimación, respectivamente. Ahora bien, nuestro C. c. no llega a los extremos del francés, cuyos aa. 352 y 370 manifiestan, respecto a la adopción y a la legitimación adoptiva, que el adoptado en cualquiera de estos dos casos "cesa de pertenecer a su familia natural", y llevando este

corte de relaciones a sus últimas consecuencias, no reconoce otros vínculos entre el adoptado y su familia natural que los derivados de las prohibiciones para contraer matrimonio.

La regla de continuidad del vínculo familiar entre el adoptado y su familia natural corresponde al criterio de la *adoptionis plena* y aparece ya expresada en el a. 348 del C. c. francés de 1.804, de donde pasó al a. 352 en virtud de la reforma operada por la L. de 19 de junio de 1.923, hasta que la llevada a cabo por el D-L de 29 de julio de 1.939 la colocó en el lugar que actualmente ocupa, es decir, en el a. 351. La misma regla se encuentra expresada en la mayoría de las legislaciones latinas (204) y en las de Alemania (a. 1.764), Suecia (cap. IV, a. 7º), Grecia (a. 1.583), Suiza (a. 268, párr. 1º), etc. La regla contraria no ha prevalecido, en cambio, mas que en los Códigos del pasado siglo que, cual el japonés, estaban fuertemente influenciados por la noción patriarcal de la familia. Sin duda habría desaparecido poco a poco del Derecho positivo a no haber sido por la tendencia, manifestada a partir de fines del siglo pasado, que, buscando reforzar los efectos de la adopción en interés del adoptado, consideraba conveniente la coexistencia o *coaduración*, al lado del vínculo adoptivo, del que unía al adoptado con su familia natural: la adopción, se decía, debe servir para aumentar los derechos del adoptado, no para hacérselos perder. Pero existen casos en que el interés del adoptado consiste precisamente, no en continuar ligado por vínculos paralelos y necesariamente incompletos cuando no contradictorios a dos familias diferentes, en las que podrá tener derechos eventuales, si no encontrarse integrado en un solo grupo familiar, a cuyo amparo gozará de una completa protección legal y de la plenitud de derechos. La experiencia enseña, según hemos manifestado en otra parte de este libro, que el hijo cuyo padre adoptivo le ha educado y proporcionado una situación feliz y estable, se encuentra a veces con reclamaciones y chantajes de su familia na-

tural que pueden comprometer su situación o arruinar su vida. Existen verdaderos dramas de la adopción que no se pueden desconocer invocando la única realidad de los vínculos de sangre, pues puede suceder que para los adoptados en temprana edad el verdadero parentesco sea, precisamente, el constituido por la familia adoptiva. El célebre jurista francés Henri Capitant, Presidente de la Comisión especial constituida en 1.929 por la Sociedad de Estudios Legislativos para examinar las reformas que convendría introducir en la adopción a raíz de la ley de 1.923, se declaró convencido, a la vista de los informes suministrados por los representantes de los organismos de protección a la infancia, de la necesidad de permitir que la adopción pudiese llevar consigo la ruptura completa de las relaciones entre el menor adoptado y su familia natural y decidir que, en semejantes casos, todo reconocimiento ulterior del adoptado sería imposible (205). El punto de vista del gran jurista galo ha sido consagrado por la disposición de la reforma de 1.939 que, modificando el a. 352 del C. c., permite al tribunal encargado de homologar el acta de adopción de un menor de 21 años, decidir, previa solicitud expresa del adoptante y después de practicarse una información especial, que el adoptado cesará de pertenecer a su familia natural, con excepción de los impedimentos matrimoniales, que subsisten. En este caso no se admitirá ningún reconocimiento posterior a la adopción, añade el artículo. Este sistema, que aspira a reforzar la adopción en interés del adoptado, tiene su precedente en el primer proyecto del Código civil francés que, bajo la influencia del Derecho romano clásico y de las ideas generosas de la Asamblea, pretendía consagrar claramente la realidad del vínculo adoptivo: "El hijo adoptivo -decía el texto- sale de su familia y entra a formar parte de la familia del adoptante en todos su grados directos y colaterales" (206). La misma tendencia inspira hoy día las legislaciones modernas que, preocupándose por consideraciones de orden social, conciben la adopción en favor y en función del adoptado,

y tienden cada vez en mayor medida a vincular a éste únicamente al adoptante. Tal es, por ejemplo, la solución adoptada en Nueva York por la L. de 9 de marzo de 1.916 y a imitación suya por e leyes americanas, y que se encontraba acogida, al menos en parte, por el C. c. letón de 1.937, cuyo a. 173 disponía que, salvo estipulación expresa en la escritura de adopción, el adoptado ingresaba como miembro de la familia del adoptante. Con posterioridad a la última guerra mundial, Canadá (en ciertas de sus provincias, como Terranova), Checoslovaquia, Dinamarca, Holanda, Noruega y Uruguay, han establecido en sus respectivas legislaciones el principio de la ruptura de los vínculos que unían al adoptado con su familia por naturaleza, si bien el a. 13, párr. 2º de la ley danesa de 25 de mayo de 1.956 prevé ciertas derogaciones al mismo (207). Según el C. c. chino de 1.930 el adoptado "recobre los vínculos que le unían a su familia natural" una vez revocada la adopción, de donde, a contrario sensu, se deduce que tales relaciones no existen mientras dura la adopción. En el Japón, bajo el sistema anterior al C. c. de 1.948, el adoptado entraba completamente en la "casa" de sus padres adoptivos y se le asimilaba a los descendientes por la sangre, incluso con relación a los padres del adoptante (aa. 727, 860 y 861). El legislador griego ha optado por el sistema antiguo, previendo sin embargo la posibilidad de establecer el nuevo, pues según el a. 1.583 "los derechos y las obligaciones derivados del parentesco entre el adoptado y su familia natural subsisten sin alteración, a menos que una ley disponga otra cosa." En fin, las legislaciones belga y soviética han encontrado un medio para descartar el peligro que puede entrañar para el adoptado el reconocimiento verificado por sus padres naturales con posterioridad a la adopción: la ley belga de 22 de marzo de 1.940 admite el reconocimiento y la legitimación del hijo natural hecha por un tercero (es decir, no por el mismo adoptante) después de la homologación de la adopción, pero ésta subsiste con todos sus efectos. (Artº 349). El a. 65 del Código soviético

de la familia establece que la adopción realizada en ausencia o sin el consentimiento de los padres del adoptado puede ser anulada por los órganos de la tutela a instancia de dichos padres, pero solo si esto se verifica en interés del hijo.

La solución adoptada por nuestro Código civil participa de las dos últimas que hemos reseñado: sigue a la ley belga en cuanto el párr. final del a. 175 manifiesta que "el reconocimiento de la filiación natural del adoptado o su legitimación no afectará a la adopción", y se aproxima al punto de vista de la legislación soviética al establecer que "podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción del menor o incapacidad: 1º. El padre o madre legítimos o naturales durante la minoría o incapacidad del adoptado si el hijo hubiese sido abandonado o expósito y ellos acreditaran suficientemente su falta total de culpabilidad en el abandono y su buena conducta a partir de este." Y a continuación añade: "El juez ponderará los motivos alegados y muy especialmente la moralidad de los padres y el tiempo transcurrido desde la adopción, oyendo al adoptado si su estado de razón lo aconseja y resolviendo lo que estime más conveniente para éste."

Atendiendo a la regulación de los efectos de la adopción en el Derecho comparado, podrían estudiarse estos con arreglo a la siguiente sistemática:

1. Efectos generalmente admitidos:

A) Efectos positivos: nombres y apellidos, patria potestad, obligaciones alimenticias, impedimentos matrimoniales y derechos sucesorios.

B) Efectos negativos (restricciones o límites de la institución): la adopción no entraña cambio de nacionalidad; los vínculos jurídicos se establecen solo entre adoptante y adoptado, sin alcanzar, al menos en principio, a sus respectivas fa-

milias; el adoptado continúa formando parte de su familia natural.

2. Efectos no admitidos con generalidad (concepciones en conflicto): ¿Adquiere el adoptado la cualidad de hijo legítimo del adoptante? y posibilidad de hacer variar los efectos de la adopción por la voluntad de las partes o por la del órgano que aprueba la adopción.

Frente a esto se alza el hecho de que la distinción fundamental para estudiar los efectos de la adopción en nuestro Derecho es la existente entre la adopción plena y la menos plena. B Bien claro lo dice el a. 172: "La adopción, por sus requisitos y efectos, puede ser plena o menos plena." Lo cual nos llevaría a estudiar por separado los distintos efectos de cada una de ellas. Pero como esto resultaría un tanto monótono y nos obligaría a hacer constantes remisiones -aparte de que el a. 174, perteneciente a la sección 1ª que lleva por rúbrica "Disposiciones generales trata de efectos comunes a ambas clases de adopción, sin contar aquellos otros que, cual el a. 772, no hacen distinción alguna- preferimos mantenernos fieles al criterio seguido hasta ahora y, de acuerdo con la sistemática tradicional en nuestra Patria, estudiar los efectos de la adopción divididos en dos grandes apartados, referente el primero a los efectos en relación con la familia por naturaleza del adoptado y el segundo a los efectos entre adoptante y adoptado, haciendo resaltar en debida forma las diferencias que, en cada caso, existen entre las dos clases de adopción.

Los efectos de la adopción respecto a la familia por naturaleza del adoptado se desenvuelven en los diferentes aspectos que hacen referencia a la patria potestad (aa. 154, párr. 2º, 174 párr. 1º, 167 nº 3º, 180 párrs. 1º y 2º del C.c.), a los apellidos (aa. 178, párrs. 3º y 4º, 180 párr. 3º del C. c. y 56 LRC y 201 a 204 del RRC.), a los impedimentos matrimoniales (aa. 75 y 84 del C. c.), a la deuda alimenticia (aa. 179, párrs. 2º y 3º,

142 y ss. del C. c.) y a los derechos sucesorios (aa. 174, párr. 5º, 179 párr. 2º). Pero antes de pasar a examinarlos detalladamente, conviene señalar que existe una clara diferencia entre la adopción plena y la menos plena. En esta, el principio general es el de la conservación de los respectivos derechos y obligaciones entre el adoptado y su familia por naturaleza, a pesar de que la ley no contenga una declaración genérica expresa, sino tan solo las particulares relativas a los distintos supuestos y efectos; pero se puede afirmar que los adoptados menos plenamente conservan los derechos que les corresponden en su familia por naturaleza y, a su vez, los componentes conservan los derechos que les correspondían con relación a los adoptados. En cambio, el principio general vigente en la adopción plena es el contrario, expresado en los párrafos 2º y 3º del a. 179: "El adoptado está exento de deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza..." y, a su vez, "los parientes por naturaleza no conservarán ningún derecho" (y esto aunque se reconozcan ciertos derechos al adoptado respecto a sus parientes por naturaleza, pues se hace a título excepcional). Vamos a ver como desenvuelve el legislador estos diversos sistemas, cuyos puntos de partida son completamente opuestos.

Por la adopción se transfiere la patria potestad al adoptante. El a. 167, nº 3º del C. c. considera impropriadamente la adopción como uno de los medios o modos de acabarse la patria potestad, siendo así que la patria potestad no se extingue en virtud de la adopción, sino que sencillamente cambia su titular y aún nace en algunos casos (expósitos, abandonados), por lo que convendría hablar más bien de un modo de adquirir o transmitir la patria potestad, puesto que lo primero sucede en los casos de abandonados y expósitos y lo segundo en los demás (al mismo tiempo que se "extingue" la del padre o madre natural "nace" en el adoptante y como al fallecer este puede recobrarla aquél, de

ahí que no pueda hablarse de una propia extinción). Más exactamente, el párr. 1º del a. 174 se limita a decir que "la adopción atribuye al adoptante la patria potestad respecto al adoptado menor de edad" y el a. 154, párr. 2º declara: "Los hijos naturales reconocidos y los adoptivos menores de edad están bajo la potestad del padre o della madre que los reconoce o adopta y tienen la misma obligación de que se habla en el párrafo anterior." Esta regla es válida para ambas clases de adopción. La diferencia se encuentra en lo que sucede cuando fallece el adoptante y el adoptado continúa siendo menor de edad no emancipado, pues mientras en la adopción plena el padre o la madre por naturaleza no recobran la patria potestad, sino que esta se extingue (208) abriéndose la tutela, en la adopción menos plena "en defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza" (a. 180, párr. 2º), siempre claro está que el hijo no haya sido emancipado y sea legítimo, legitimado o natural reconocido (a. 154 y resolución de la Direc. Gral. Reg. de 6 de febrero de 1.900) (209).

La diferencia entre la adopción plena y la menos plena en lo que se refiere a los apellidos es también radical. Para la primera establece el párr. 2º del a. 178 que "el adoptado, aunque conste su filiación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes", mientras que en la adopción menos plena el adoptado conserva el apellido de su familia por naturaleza, si bien podrá usar unido a este el del adoptante, si se expresa en la escritura de adopción en la que en tal caso se establecerá el orden en que haya de usarlos (a. 180, párr. 3º C. c.) la posibilidad de que las partes dispongan de los apellidos constituye una excepción a las normas sobre la materia (v. gr.: aa. 1.271 y 1.814 del C. c. y 487 de la L.E.C.) justificada en este caso por la nueva familia que se pretende crear. La Ley del Reg. civ. declara que "en la escritura de adopción se puede convenir

que el primer apellido del adoptante o adoptantes se anteponga a los de la familia natural del adoptado" (a. 36) (210), de donde se deduce que, a falta de pacto expreso en contrario, el apodo natural del adoptado precederá al del adoptante (como se venía entendiendo), pero existían dudas si el apellido no era natural, que ha venido a resolver el Reglamento estableciendo : "Anterigu do en la adopción menos plena el uso del apellido del padre adoptante sin señalar orden, se antepondrá al primero no natural; por mitido el de la madre adoptante, precederá al segundo no natural" (a. 202, párr. 1º) (211).

Aunque la ley no lo diga expresamente, a diferencia del a. 370 párr. 1º del C. c. francés, es evidente que subsisten los impedimentos matrimoniales entre el adoptado y su familia por naturaleza, bien sea la adopción plena o menos plena. Si la adopción produce parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante en lo concerniente a esta materia (a. 174, párr. final), con mayor motivo ha de estimarse que se mantiene a estos efectos el parentesco entre el adoptado y su familia por naturaleza. Además, hay que tener en cuenta que "el matrimonio canónico en cuanto se refiere a su constitución y validez, y, en general, a su reglamentación jurídica, se regirá por las disposiciones de la Iglesia Católica" (a. 73). Para el matrimonio civil habrá de ostarce a lo dispuesto en los cuatro primeros números del a. 84 y en el siguiente. Ahora bien, si el adoptado plenamente intentase contraer matrimonio con alguna de estas personas, parientes suyos por la sangre, no podrá mantenerse el secreto de la adopción y su verdadera filiación, que tan celosamente quiere ocultar el párr. 4º del a. 178, saldrá a relucir.

Los alimentos entre el adoptado y su familia por naturaleza pueden ser exigidos bien con arreglo a las disposiciones generales si la adopción es menos plena (y esto a pesar de que el Cód-

go no lo declare expresamente, pues si se conserva este derecho en la adopción plena, con mayor motivo se mantendrá en la menos plena, aparte de que el antiguo a. 177 establecía en su párr. final que "el adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural, a excepción de los relativos a la patria potestad", y esta clase de adopción equivale a la única admitida anteriormente según manifiesta la exposición de motivos en su n.º 2º, párr. XVI), bien dentro de los límites establecidos por los párrs. 2º y 3º del a. 179, según los cuales el adoptado conservará su derecho a alimentos y podrá reclamarlos de su familia natural "cuando no los pueda obtener del adoptante en la medida necesaria". Es evidente que no se dice nada nuevo, y lo mismo deberá entenderse para la adopción menos plena: el adoptado en una u otra forma deberá dirigir su reclamación, en primer lugar, al adoptante y solo subsidiariamente podrá acudir a su familia por naturaleza. En cuanto a los componentes de esta, tienen derecho a reclamarlos del que ha sido adoptado menos plenamente, porque esta obligación es recíproca (a. 143), mientras que del adoptado plenamente solo pueden reclamarlos sus padres, no sus abuelos ni hermanos, cuando se dieran las circunstancias expresadas en el a. 175 para extinguir la adopción (a. 179, párr. final). Esta regla constituye una derogación del principio de reciprocidad del a. 143, puesto que el adoptado plenamente puede reclamar alimentos de sus parientes por naturaleza comprendidos en el a. 143, mientras que de estos tan solo los padres pueden reclamarlos a su hijo adoptado por otra persona (212).

El adoptado conserva los derechos sucesorios que le correspondan en la familia por naturaleza (a. 174, párr. 5º). A pesar de que esta disposición es de carácter general, es decir, aplicable a las dos clases de adopción, debió de parecerle insuficiente al legislador por cuanto la vuelve a repetir en el párr. 2º

del a. 179 para la adopción plena: "El adoptado estará exento de deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza, pero conservará los derechos sucesorios".

En cuanto a los parientes por naturaleza estimamos que, a falta de declaración legal expresa en contrario, conservan sus derechos respecto al adoptado cuando la adopción es menos plena, mas no cuando se trata de la plena, por no hacer la oportuna reserva el párrafo final del artº 179.

C A P I T U L O I I

SUMARIO.-- Efectos de la adopción (Continuación).--

B) Efectos entre adoptante y adoptado: a) Cuestiones previas: a') ¿crea la adopción un vínculo de filiación?; b') el parentesco derivado de la adopción: extensión, cómputo y efectos. b) Patria potestad: a') regla general; a'') Derecho extranjero; b'') Derecho español; b') extensión y alcance de la patria potestad del adoptante: enumeración de los principales derechos y deberes relacionados con la misma.

Los efectos de la adopción entre adoptante y adoptado constituyen el tema principal con que el legislador se enfrenta al regular esta institución. Todos ellos derivan de la relación que, en virtud de la adopción, se considere ha quedado establecida entre ellos. Por eso, antes de estudiar tales efectos en particular, interesa sobremanera precisar la naturaleza del vínculo existente entre el adoptante y el adoptado. ¿Puede ser considerado el adoptado como hijo del adoptante y éste como padre de aquél? He aquí la cuestión a la que no se puede responder sin examinar antes con detenimiento la doctrina y la legislación. En cuanto a la primera, la postura tradicional ha sido considerar al adoptado como hijo del adoptante. Todos los autores comienzan

el estudio de la adopción señalando que por ella se crea una relación de paternidad y filiación ficticia, es decir, por disposición de la ley y no derivada de la naturaleza. Así, Castán nos dice que "la relación de paternidad y filiación es la que se da entre padres e hijos, o sea entre generantes y generados. Está, pues, fundada en el vínculo de la generación real o supuesta. Puede, en efecto, derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción)" (213). Y más adelante añade: "... resultan, en definitiva, cuatro especies de filiación, que se conocen con los nombres de legítima, ilegítima, legitimada y adoptiva" (214), definiendo a los hijos adoptivos como aquellos que "no siéndolo por la sangre, adquieren la condición de tales a virtud de un especial acto jurídico" (215). Puig Peña (216) se manifiesta en sentido idéntico. Clemente de Diego antepone a la frase filiación por adopción la de "generación civil", definiéndola como ficción jurídica por medio de la cual se supone que una persona es hija de otra con la cual no está unida por vínculo alguno de parentesco (216). El resto de la doctrina sigue la misma orientación, como hemos visto al exponer las diversas definiciones sobre la adopción, cuyo substrato común lo constituye, precisamente, el considerar que crea un vínculo legal de filiación (217).

Las legislaciones extranjeras pecan de imprecisión en la terminología, por lo que no es factible obtener a base de la misma una conclusión definitiva. La francesa emplea la palabra "adopté" (aa. 343, 350, 351 a 358, etc.), la expresión "personne à adopter" (aa. 347, 358, etc.) y la de "enfant adoptif" (a. 354, nº 3ª), si bien la doctrina pasa por alto esta diferencia. Asimismo los Códigos italiano y alemán emplean indistintamente las expresiones equivalentes a adoptado y a hijo adoptivo (218). Pudiese ser revelador el hecho de que la mayoría de las legislaciones asimilan el adoptado al hijo legítimo, como por ejemplo, Ale

mania (párr. 1.757), Quebec (a. 15, párrs. 2º y 3º), Japón (a. 809), Holanda (a. 344), Perú (a. 322) y Polonia (a. 64); a este respecto es digna de elogio la claridad de la legislación guatemalteca, cuyo Decreto nº 375 de 5 de mayo de 1.947 (a. 2º) establece: "La adopción no es constitutiva de estado civil ni de parentesco entre adoptante y adoptado, pero produce entre ellos los mismos derechos y obligaciones que la ley establece entre padres e hijos." Con ello se evitan los problemas, planteados en nuestra legislación, de si la adopción determina un cambio del estado civil y del alcance y sentido de la declaración de parentesco contenida en el párrafo final del artº 174 del C. c.

La primitiva redacción de nuestro Código civil empleaba ya las palabras adoptante y adoptado en vez de las expresiones hijo o padre adoptivo. Sin embargo, no ha faltado algún autor (219) que haya señalado este punto como una de las características de la reforma, cuando, en verdad, si la ley no emplea las palabras padre e hijo al referirse al adoptante y al adoptado, ello no quiere decir más de lo tradicionalmente admitido, a saber: que la relación creada no puede asimilarse a una verdadera relación de paternidad y filiación, por cuanto, como manifiesta el párr. final del a. 174, "la adopción produce parentesco entre el adoptante de una parte, y el adoptado y sus descendientes legítimos de otra; pero no respecto de la familia del adoptante, con excepción de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales." Si se tratase de una verdadera relación de filiación, el adoptado sería hermano de los hijos del adoptante, sobrino de los hermanos del adoptante, etc., lo cual no sucede. Se trata de una relación especial de filiación, pudiendo decirse que el adoptado es un cuasi hijo del adoptante. Parece que no repugna admitir la existencia de tres relaciones de tipo tutivo, la patria potestad o mejor la paternidad por la sangre, la tutela y la adopción (el adoptante ejerce la patria potestad!), con las correspondientes clases de

protegidos: hijos, pupilos y adoptados. Esta solución de tipo intermedio es la que mejor armoniza con lo manifestado en los pá VIII y XII de la exposición de motivos (220) al mismo tiempo que se salva la dicción legal del a. 174, párr. 6º, que considera al adoptante y al adoptado como padre e hijo en orden a la tutela y a la representación y defensa del ausente, pero no los califica de tales. La distinción es sutil y su dificultad se prueba porque el mismo legislador, en otros artículos del Código, no ha podido mantenerse fiel a este criterio. El a. 47, párr. 2º manifiesta: "Si se tratare de hijos adoptivos, se pedirá la licencia al adoptante"; el nº 5º del a. 84 establece que "tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: ... 5º El padre o madre adoptante y el adoptado..."; en el a. 166 se manifiesta que "los padres que reconocieren o adoptaren en forma menos plena no adquieren el usufructo de los bienes de los hijos reconocidos o adoptivos...", y el párr final del a. 772: "En el testamento del adoptante, la expresión genérica hijo o hijos comprende a los adoptivos."

Es interesante determinar si la adopción origina un cambio en el estado civil del adoptado. Por estado civil se entiende aquella "cualidad personal a la que la ley reconoce ciertos derechos e impone deberes y restricciones" (García Goyena) (220) o más concretamente "cualidad jurídica de la persona, por su especial situación (y consiguiente condición de miembro) en la organización jurídica, y que como tal caracteriza su capacidad de obrar y el ámbito propio de su poder y responsabilidad" (F. de Castro) (220 bis). Antes de la reforma de 1.958, dice el profesor Federico de Castro, se consideraba dudoso que la adopción tuviera el significado de un cambio del estado civil. Inclinaba a negarle este alcance el que el adoptado conservaba siempre todos "los derechos que le corresponden en su familia natural" (no liberándose tampoco de sus deberes respecto a ella) "a excepción de los relativos a la patria potestad" (antiguo artº 177), y el que ni

adoptante ni adoptado adquirirían, respectivamente, la condición de herederos forzosos (220 bis a).

Después de la reforma, se precisa distinguir la adopción plena de la menos plena y, en la primera, las relaciones adoptado-adoptante y adoptado-padres por naturaleza. La adopción plena da lugar a un cambio de estado tanto respecto al adoptado como al adoptante. Y esto por las siguientes razones: A) Adoptado y adoptante adquieren en sus respectivas herencias la condición de herederos forzosos (aa. 178, 807, 3ª); B) El adoptado, aunque conste su filiación, ostenta como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes (a. 178, 3ª). La relación adoptado-padres naturales da lugar a una especial relación de estado que De Castro califica de unilateral habida cuenta de que mientras el adoptado conserva sus derechos respecto a sus padres, no sucede lo mismo con estos respecto a aquél, pues solo conservan el derecho a alimentos en determinadas condiciones (a. 179, párr. final); la diferencia se nota bien en los derechos sucesorios: para los padres la condición de heredero forzoso del hijo viene a actuar a modo de carga, ya que no les corresponde la misma ventaja en la sucesión del hijo (a. 179, párrs. 2ª y 3ª).

La adopción menos plena no produce, en cambio, modificación en el estado civil, si bien afecta a la situación familiar, toda vez que ni adoptado ni adoptante tienen la cualidad de herederos forzosos, antes bien, la conservan entre sí el adoptado y sus padres naturales, ni tampoco el adoptado pierde el apellido de su familia por naturaleza (a. 180). Además, esta clase de adopción guarda semejanza con la única clase anteriormente conocida por el Código civil, según la exposición de motivos.

El parentesco que se deriva de la adopción entre el adoptante de una parte, y el adoptado y sus descendientes legítimos de otra (a. 174, párr. final) merece dedicarle algunas líneas, con objeto de determinar su alcance y extensión. ¿Qué quiso decir el

legislador con esta declaración? ¿Se obtienen algunas consecuencias de la misma?

El parentesco que produce la adopción viene a ser similar al de consanguinidad, puesto que imita a la naturaleza, lo cual no impide que se superponga o mejor, se coloque al lado de este parentesco el que une al adoptado con su familia natural, fenómeno que se conoce con el nombre de "multiplicación del parentesco". Acerca del mismo examinaremos su extensión, cómputo y efectos. --

A) Extensión legal del parentesco por adopción.— En relación con la familia natural del adoptado no existe ninguna transformación; es decir, el parentesco derivado de la adopción no afecta, interfiriéndose, al parentesco natural. Y este mismo principio puede aplicarse también al adoptante, cuya familia no resulta afectada por la adopción, como declara el párr. final, inciso último del a. 174 del C. c.

La relación de parentesco que une al adoptado con el adoptante es una relación de "paternitatis legalis", de la que pueden derivarse otras relaciones parentales, si bien, como se trata de un parentesco legal, el principio ha de ser que no existirán relaciones parentales en tanto que la ley no lo declare expresamente. --

Respecto al cónyuge del adoptante (el cual no ha adoptado), su posición es solo la de cónyuge del adoptante, con lo que queremos significar que su situación respecto al adoptado -parecida a la de afinidad legal- produce solo consecuencias en el terreno de los impedimentos matrimoniales, lo mismo que el parentesco entre el adoptado y los descendientes legítimos del adoptante (fraternitatis legalis).

En lo que concierne a los ascendientes del adoptante, como el principio general citado es que la adopción imita a la naturaleza única y exclusivamente entre adoptante y adoptado (y, eventualmente, los descendientes legítimos de éste), los ascendientes del primero no lo serán del segundo. Aplicación de esto se encuentra en el Derecho sucesorio y en la deuda alimenticia: el adopta-

de y sus descendientes no están obligados a alimentar a los ascendientes del adoptante, y a la inversa. Lo que no está del todo claro es si los descendientes legítimos del adoptado deben alimentos al adoptante de su padre; según el párr. 2º del a. 174 parece que no, pues aquí solo se habla de adoptante y adoptado, pero del último párr. de dicho artículo parece desprenderse la solución contraria, pues si existe parentesco entre el adoptante y los descendientes legítimos del adoptado y la deuda alimenticia es una consecuencia del parentesco, "ergo" dichas personas se deberán alimentos recíprocamente. Esta solución parece lógica si se piensa que, por regla general, el adoptante deberá alimentar a los descendientes legítimos del adoptado cuando este fallezca, so pena de quedar desvalidos, y que la obligación alimenticia es recíproca; además, el párr. 2º del a. 174 dice que adoptante y adoptado se deben alimentos, no que no se los deban el adoptante y los descendientes legítimos del adoptado. Otra cosa sería de expresarse, por ejemplo: Solo adoptante y adoptado se deberán alimentos...

La declaración del Código de no existir parentesco, salvo lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales, entre el adoptado y la familia del adoptante, es un poco extraña, porque si existe parentesco debe producir todos los efectos que le son propios sin limitarse a un determinado sector. La inconsecuencia tiene su raíz más honda en la vaguedad del concepto de "parentesco". Poco se dice, en efecto, si se le define como "el título o por qué se está en una determinada relación familiar" (221), ya que para responder a la pregunta que es el parentesco inmediatamente lo relacionamos con una determinada clase del mismo (afinidad, consanguinidad), e incluso se advierte que el mismo parentesco por consanguinidad tiene diferente extensión según la clase de efectos que se consideren: en sucesión es hasta el cuarto grado, en la deuda alimenticia se limita al segundo, etc. De esto nos da idea el hecho de que ante los tribunales la pretensión irá dirigida a obtener una determinada declaración de paternidad, mas no a que se

declare a una persona "pariente", sin más, de otra. (221)

B) Cómputo del parentesco en la adopción.- En relación con la familia natural rigen los principios informadores de la computación normal, ya que el adoptado sigue siendo descendiente, colateral o afín de sus familiares por la sangre. A este respecto, se plantea Puig Peña el problema de determinar que sucede cuando el adoptante es el propio padre del adoptado y considera que surge una superposición de parentescos (222), predominando, en principio, el adoptivo, si bien a ciertos efectos (v. gr.: matrimoniales) revive el natural.

En relación con la familia del adoptante se establece un modo de contar parecido al que tiene lugar en la afinidad, y así puede hablarse a los efectos legales de paternitatis, fraternitatis y affinitatis legales en relación con aquellas personas entre las cuales existe parentesco, a tenor de lo expuesto en A).

C) Efectos del parentesco por adopción.- De manera sucinta y sin entrar en pormenores, son los siguientes:

a) Con referencia a la familia natural:

El adoptado conserva los derechos sucesorios en la herencia de sus padres y hermanos legítimos.

Subsisten los impedimentos matrimoniales derivados del ius consanguinitatis y del ius affinitatis.

Se conserva la obligación alimenticia, si bien con carácter subsidiario. Ahora bien, si ambos padres, natural y adoptivo, necesitan alimentos que solo puede satisfacer el adoptado, éste deberá atender antes al natural, porque la adopción no se establece en beneficio del adoptante y porque si están antes que él los padres y los hijos por naturaleza del adoptante, justo es que sea también antes el padre del adoptado,

b) Respecto a la familia adoptiva:

La paternitatis legalis solo opera con relación al adoptante y así los ascendientes de este pueden casarse con el adoptado sin dispensa. Algunos autores entienden que subsiste el impedimen-

to entre adoptante y adoptado aún después de extinguida la adopción.

La relación de fraternitatis legalis, existente el adoptado y los descendientes legítimos del adoptante, produce impedimento dirimente dispensable para el matrimonio civil y canónico.

La fraternitatis legalis produce el impedimento para el matrimonio del adoptado con el cónyuge viudo del adoptante y de este con el cónyuge viudo de aquél.

La regla de que la adopción no produce parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante se encuentra en gran número de legislaciones, como la alemana (parág. 1.763) (223), argentina (a. 12), finlandesa (a. 4), francesa (a. 351) (224), griega (a. 1.581), mejicana (a. 402), peruana (a. 333), polaca (a. 64), chilena (a. 14) (225), húngara (a. 51) y rumana (a. 249 del Código de 1.864). El sentido excluyente de la regla, análoga a la anterior, de que la adopción solo produce efectos entre el adoptante y el adoptado, debe entenderse referido solo a la familia del adoptante, no a los descendientes legítimos del adoptado, respecto a los cuales incluso antiguas legislaciones (C. c. austriaco de 1811 a. 183; C. c. italiano de 1.865, a. 737, etc.) ya se cuidaban de considerarlos como descendientes del adoptante, a pesar del criterio restrictivo que las inspiraba.

Interesa, por último, destacar el contenido negativo que encierra el último párrafo del a. 174, en cuanto viene a paliar los efectos de la adopción plena, que de otro modo quizá podrían extenderse desmesuradamente.

El transferimiento al adoptante de la patria potestad sobre el adoptado menor de edad (y no emancipado) es uno de los fines esenciales de la adopción, como reconoce el apartado VI del n.º 2º de la exposición de motivos: "Se ha considerado oportuno declarar en el propio capítulo dedicado a la adopción, que esta confiere al adoptante la patria potestad, por ser este uno de sus efectos más típicos" (226). Y, en efecto, la mayor parte de las

legislaciones consagran expresamente esta consecuencia de la adopción. Tal sucede en Alemania (párrs. 1.757 y 1.765) (227), Argentina (a. 14), Bélgica (a. 348), Brasil (a. 378), Colombia (a. 282), Cuba (a. 154), Dinamarca (a. 11), Grecia (a. 1.584), Irlanda (a. 24), Méjico (a. 403), Suiza (a. 268, párr. 2º) e Italia (a. 301) (228) en el C. c. de 1.942, a diferencia del de 1.865 que solo concedía al adoptante la facultad de consentir el matrimonio del adoptado, el cual permanecía bajo la patria potestad de sus padres por naturaleza, solución restrictiva que ya había sido admitida en Rusia bajo el Código de 1.864, a pesar de suscitar la cuestión algunas controversias doctrinales (229). Entre las legislaciones que citamos hay algunas que proclaman la asimilación del adoptado al hijo legítimo del adoptante, encontrándose esta equiparación en leyes tan diversas como las de Alemania (párr. 1.757), Argentina (a. 12), Brasil (a. 336), Colombia (a. 281), Costa Rica (a. 14), Checoslovaquia (a. 63), Dinamarca (a. 12), Ecuador (a. 13), EE. UU., Grecia (a. 1.579), Holanda (a. 344 1), Irlanda (a. 24), Japón (a. 809), Perú (a. 322), Quebec (a. 15), Salvador (a. 2º) y Uruguay (a. 4º). Particularmente interesante es la regla de la ley ecuatoriana de 5 de noviembre de 1.948: si el adoptante no tiene hijos o estos son legítimos, el adoptado adquiere la situación de hijo legítimo, mas si el adoptante solo tiene hijos naturales el adoptado tendrá la consideración de estos.

La existencia de la regla según la cual el adoptado se asimila a los hijos legítimos del adoptante, podría llevarnos a la conclusión, admisible tanto lógica como históricamente, de que las citadas legislaciones conocen una "adoptio plena", que separa al adoptado de su familia natural para hacerle ingresar en la nueva familia adoptiva. Pero ya hemos visto como en la mayoría de las legislaciones esta deducción no corresponde a la realidad. Así, por no poner más que unos ejemplos, los aa. 1.757 del B.G.B., 336 del C. c. brasileño y 1.759 del C. c. griego, según los cuales el adoptado adquiere la condición legal de hijo legítimo del

adoptante, deben relacionarse, para ser comprendidos en su verdadero alcance, con los aa. 1.764, 378 y 1.583 de los respectivos Códigos, que conservan al adoptado todos sus deberes y derechos en relación con su familia de origen (230). El mismo sentido tiene el Decreto soviético de 8 de setiembre de 1.943, acordado por el Presidium del Soviet Supremo para facilitar la adopción de los huérfanos de guerra, asimilando los adoptados a los hijos legítimos del adoptante. Es decir, que semejante afirmación no debe tomarse al pie de la letra, ni significa una derogación de los principios contrarios, como, por ejemplo, el de que la filiación adoptiva solo establece vínculos entre el adoptado y el adoptante y el vigente en materia sucesoria según el cual los derechos del adoptado se encuentran frecuentemente reducidos por la existencia de parientes legítimos del adoptante. Sin embargo, es posible que el citado principio adquiriera cada vez mayor fuerza y su alcance llegue a las últimas consecuencias, pues se le ha visto irrumpir con gran energía, tanto en la revisión de antiguos Códigos, como el letón de 1.937 por oposición al báltico de 1.864, o el peruano de 1.936 en contraste con el de 1.852, o el rumano de 1.939 a diferencia del de 1.864, cuanto en las nuevas leyes, como la irlandesa de 1.952, la holandesa de 1.956 y la uruguaya de 1.945. Conviene recordar que en Francia se ha discutido si el término "legitimación adoptiva" era equivalente, por la completa asimilación entre el legitimado y el hijo legítimo, a las antiguas legitimaciones por rescripto del príncipe. En efecto, el a. 370 del C. c. francés, en su última redacción dada por la L. de 8 de agosto de 1.941, manifiesta que "l'enfant qui fait l'objet d'une légitimation adoptive, cesse d'appartenir à sa famille naturelle..." y que "il a les mêmes droits et les mêmes obligations que s'il était né du mariage." Por consecuencia de esta completa asimilación y sin necesidad de declaración expresa, al contrario de lo que sucede en la adopción ordinaria, la doctrina es unánime en reconocer que la atribución de la patria potestad a la persona que ha

llevado a cabo una legitimación adoptiva, lo es con todas sus consecuencias, es decir, que se aplican las mismas reglas que regulan el ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos legítimos: consentimiento para el matrimonio (aa. 148 y ss), derechos de guarda y educación (aa. 371 y ss.), administración, usufructo y tutela (aa. 389 y ss.) y derecho de emancipación (aa. 476 y ss.) (231).

Nuestro Código civil no hacía, antes de la reforma, ninguna declaración expresa sobre este punto en el capítulo dedicado a la adopción, aunque se obtenía la misma consecuencia que actualmente por solo el a. 154, párr. 2º. Ya hemos dicho que resulta impropia la expresión del a. 167, nº 3º, pues por la adopción no se "acaba" la patria potestad, sino tan solo se transfiere o nace; más que un modo de extinción, la adopción lo es de nacimiento o de adquisición de la patria potestad, pues es frecuente que el adoptando sea huérfano o abandonado, es decir que se encuentre sometido a un organismo tutelar, el cual no ejerce la patria potestad, sino funciones tutelares, que son cosa distinta. Cabelmente, en estos casos no puede decirse que la patria potestad "acabe" por la adopción, pues no puede extinguirse lo que ya antes no existía, sino que la patria potestad comienza, nace, y su titular es el adoptante.

La regla general es la del a. 174, párr. 1º: La adopción atribuye al adoptante la patria potestad respecto al adoptado menor de edad. Si los adoptantes son un matrimonio se aplicará la regla general del a. 154, párr. 2º o la particular del a. 180, pues, en realidad, ambas vienen a coincidir, si bien la última está dada para la adopción menos plena y, dentro de ella, para el caso de que uno de los cónyuges adopte al hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del otro consorte. La solución en este caso consiste en atribuir la patria potestad, no a ambos cónyuges como erróneamente se expresa el artículo (lo que daría a

entender que la ejerces simultáneamente), sino a cada uno de ellos sucesivamente, por el orden establecido en el a. 154; es decir, que primero corresponde al padre y, en su defecto a la madre, tanto en el caso de que la esposa adopte al hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo (pues sin duda ha sido un olvido del legislador no incluirlo expresamente) de su marido, como en el de que este adopte a cualquiera de dichos hijos de su mujer. En cambio, si el hijo es natural no reconocido la patria potestad la ejercerá el adoptante. Si el marido adopta al ya adoptado anteriormente por su mujer, se le transferirá la patria potestad, por resultar así de los principios que inspiran la organización familiar, pero si es la esposa quien adopta con posterioridad, el marido conserva la patria potestad que ya ejercía (232). Cosa harto discutible es si la reforma legislativa ha querido hacerse eco de la nueva concepción sobre la patria potestad, que la considera como una función conjunta de ambos padres (233). Aún cuando uno de sus redactores haya opinado en este sentido (234), lo cierto es que la exposición de motivos no alude a ello y la palabra "ambos" del a. 180 no autoriza semejante interpretación, por cuanto a renglón seguido se dice que se atribuye "por el orden", vale decir, sucesivamente.

¿Que sucede con la patria potestad cuando fallece el o los adoptantes? En este punto existe una radical diferencia entre la adopción plena y la menos plena. En esta, según el a. 180 párr. 2º "en defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza", y si estos no existen o no pueden ejercerla se abrirá el organismo tutelar. En cambio, en la adopción plena, a la muerte del adoptante la patria potestad no pasa a los padres por naturaleza, sino que, en todo caso, hay que abrir la tutela. Bien claramente se expresa el apartado XV del nº 2º de la exposición de motivos: "En consecuencia, al fallecer el o la adoptante, si el adoptado fuere menor de edad, la patria potestad se extingue."

¿Cuál es la extensión de la patria potestad que la ley atribuye al adoptante? A nuestro juicio, el adoptante goza de todos los derechos y tiene todas las obligaciones contenidas en el título VII del C. c., correspondiente al libro I, salvo en lo que se encuentre modificado especialmente, v. gr.: el a. 166 del propio título limita los derechos de usufructo y administración. Esta solución, bastante clara en nuestro Derecho, ha suscitado división de opiniones en la doctrina francesa al interpretar los primeros párrafos del a. 351 del C. c., según los cuales "l'adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits. Néanmoins, l'adoptant est seul investi des droits de la puissance paternelle à l'égard de l'adopté, ainsi que du droit de consentir au mariage de l'adopté. En cas de dissentement entre l'adoptant et l'adoptante ce partage emportera consentement au mariage de l'adopté." La dificultad nace de la generalidad del primer párrafo y la excepción del segundo, derivada del empleo de la palabra "néanmoins" (no obstante). Mientras unos autores, como Rouast (235), defienden que dicha palabra indica que el transferimiento de la patria potestad se opera a título excepcional y por tanto tan solo en la extensión que la ley señala expresamente, otros, entre ellos Vismard y Josseland (236), son partidarios de una concepción amplia según la cual el texto legal autoriza una interpretación extensiva, relativa a todos los atributos de la patria potestad: derechos de guarda y educación, de corrección, de autorizar un enganche militar, administración y usufructo legales, emancipación, etc. De esta misma opinión son Planiol (237) y Gaudemet (238) y parece tener a su favor la voluntad del legislador que, a partir de 1.923, ha procurado extender sin cesar los efectos del parentesco adoptivo, en perjuicio de los parientes por la sangre. Además, el proyecto de ley nº 6456 "pour couper court aux discussions qui sont élevées sur l'interprétation des dispositions actuelles", dispone expresamente en el nuevo a. 351 que "l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits de la puissance paternelle..."

Entre los efectos de la patria potestad que no se encuentran recogidos en el título correspondiente figuran, en primer lugar, el de dar el consentimiento para el matrimonio del menor adoptado. Conforme a la distinción antes expuesta entre la adopción plena y la menos plena, dispone el a. 47, párr. 2º, en su nueva redacción, que "si se tratase de hijos adoptivos, se pedirá la licencia al adoptante. En su defecto, si la adopción es plena, se solicitará del consejo de familia; si es menos plena, antes que a este se pedirá a las personas de la familia natural a quienes corresponda."

Al adoptante corresponderá también la facultad de emancipar al hijo, a tenor de lo establecido en el nº 3º del artº 314 del C. c. y, en general, todos los derechos y deberes inherentes o derivados de la patria potestad, como son, entre otros, la responsabilidad subsidiaria establecida por el a. 1.903, párr. 2º del C. c., y el domicilio legal del adoptado será el del adoptante que ejerza la patria potestad (239). Por lo mismo, el juez del domicilio del menor a que se refiere el a. 166 es el juez del domicilio del adoptante (240).

C A P I T U L O I I I

SUMARIO.- B) Efectos entre adoptante y adoptado (Continuase.)

c) Usufructo y administración legales: crítica del a. 168 del C. o. y problemas que plantea.- d) Apellidos: a') consideración especial del secreto en la adopción; b') estudio de diversos artículos de la Ley y del Reglamento del Registro civil.- e) Títulos nobiliarios.- f) Impedimentos matrimoniales.- g) Obligación alimenticia.

Los derechos de usufructo y administración que, por ministerio de la ley, corresponden a los adoptantes sobre los bienes de los adoptados, son una consecuencia de la patria potestad. Nuestro Código se refiere a ellos en el a. 166, cuya tradicional redacción ha dado lugar a diversas posiciones doctrinales. El citado artículo manifiesta: "Los padres que reconocieren o adoptaren en forma menos plena no adquieren el usufructo de los bienes de los hijos reconocidos o adoptivos, y tampoco tendrán la administración, si no aseguran con fianza sus resultados a satisfacción del Juez del domicilio del menor o de las personas que deban concurrir a la adopción." La crítica de este artículo es fácil, pues incurre el legislador en una serie de impropiedades, como son las siguientes:

1º. Habla de la adopción menos plena como si fuese una "forma" de adopción, siendo así que no es tal, sino "clase" de la misma; como acertadamente expresa el a. 172 la diferencia no es meramente formal, sino que afecta a sus respectivos "requisitos y efectos".

2º. Se refiere a los "padres" y a los "hijos adoptivos", lo que contradice el criterio seguido por el legislador al que ya hemos hecho referencia.

3º. Podía haberse ahorrado aludir al juez del domicilio del menor, toda vez que dicho domicilio es el del adoptante (a. 64, párr. 2º de la L. E. C.) (241).

4º. No se ha aprovechado la reforma para poner fin a las dudas que suscitaba la anterior redacción legal, antes bien, parece aumentarlas al no referirse a quienes adopten plenamente. Esta falta de regulación expresa creemos que ha de interpretarse en el sentido de que las personas que adoptan plenamente adquieran el usufructo y la administración de los bienes que puedan tener los adoptados (lo que sucederá raramente debido a su condición de abandonados o expósitos) sin necesidad de prestar fianza, de lo con lo establecido en los artículos 159 a 165 del C. o.

Las dudas que plantea la interpretación del texto legal tienen su origen en la distinta redacción del citado artículo en las dos ediciones oficiales del Código. La diferencia fundamental consiste en la colocación de las comas. En efecto, la primera redacción decía: "Los padres que reconocieran y adoptaren no adquieren el usufructo de los bienes de los hijos reconocidos y adoptivos, y tampoco tendrán la administración si no aseguran con fianza sus results, a satisfacción del juez del domicilio del menor o de personas que deban concurrir a la adopción." Como puede observarse existe, entre otras, la radical diferencia de la coma colocada detrás de la palabra "administración" que no existía en la primitiva redacción y que tiene la virtud de variar el sentido de la frase o, por lo menos, da lugar a que los autores se pregunten

si los padres naturales y las personas que hayan realizado una adopción menos plena adquieren el usufructo de los bienes que tengan los hijos reconocidos o los adoptados o, de otro modo, si la obligación de afianzar se refiere solo a la administración o si indica que puede adquirirse el usufructo mediante la constitución de la fianza. Las opiniones se encuentran divididas: Mucius Scaevola se inclina en las primeras ediciones de sus Comentarios por la afirmativa, mas en las posteriores declara que la cuestión es muy dudosa (242) y Manreña manifiesta terminantemente que el usufructo corresponde siempre al hijo o adoptado (243). A favor de la opinión permisiva habla el precedente legal (Partida IV, tit. XVI, ley 8ª) (244), y la consideración de que siendo el usufructo legal de los padres legítimos una consecuencia de la patria potestad, un derecho derivado de esta, desde el momento en que se concede al adoptante su ejercicio parece que debe gozar igualmente de dicho usufructo. Por otra parte, el Código vendría así a establecer una especie de gradación, por cuanto si a los padres legítimos les exime el a. 492 de la prestación de fianza, precisamente porque, debido a su condición de tales, gozan de la confianza del legislador, parece lógico que a los que adoptan se les conceda el usufructo previa fianza. En contra puede argumentarse: 1) el recelo y la desconfianza de que la adopción se efectúe con vistas a la adquisición de dicho usufructo, haciendo que el móvil sea el interés en vez del cariño; 2) las legislaciones extranjeras, que no suelen conceder al adoptante el usufructo de los bienes de los adoptados menores, sino solo su administración, previa la correspondiente fianza. Así, el párr. 4º del a. 301 del C. o. italiano de 1.942 manifiesta que el adoptante tiene la administración de los bienes del adoptado durante la minoridad de este, pero no el usufructo legal; no obstante, añade, puede emplear las rentas para los gastos de mantenimiento, educación e instrucción del menor, con la obligación de invertir el excedente de modo fructífero (245). El parág. 1.760 del B.C.B. establece que el

adoptante ha de realizar a su costa un inventario del patrimonio del adoptado, en tanto que en base a la patria potestad esté sometido a su administración, y presentarlo al tribunal de tutelas; ha de proveer al inventario con la seguridad de exactitud e integridad. Si el inventario presentado es incompleto -continúa diciendo- se aplica la disposición del párag. 1.640, párr. 2º, inciso 1º. Si el adoptante no cumple la obligación que le incumbe según el párrafo anterior, el tribunal de tutelas puede privarlo de la administración patrimonial. La privación puede ser alzada en todo momento." Y el parágr. 1.767 se expresa del siguiente modo: "En el contrato de adopción puede excluirse el aprovechamiento del adoptante sobre el patrimonio del adoptado, así como el derecho hereditario de este frente al adoptante. En lo demás no pueden ser modificados los efectos de la adopción en el contrato de adopción." La doctrina francesa se encuentra dividida al interpretar el párr. 3º del a. 351 del C. c., pues mientras Planiol, Vismard (246), Laurent, Rouast, etc., son partidarios de una interpretación amplia, con atribución al adoptante del derecho de usufructo, otros opinan que tan solo se le concede la administración (247). Lo cierto es que en el Derecho comparado predomina la tendencia a exigir garantías al adoptante, pero solo con relación a la administración, silenciando lo relativo al usufructo. El a. 291 del C. c. rumano de 1.939 obliga al adoptante a realizar un inventario ante la autoridad tutelar en el mes siguiente a la homologación de la adopción. Los Códigos de Perú, Panamá, y Colombia (aa. 331, 178 y 278, respectivamente) contienen disposiciones parecidas y lo mismo prescriben las legislaciones inglesa (aa. 3 y 9), danesa (a. 9), finlandesa (a. 14), sueca (Fm, cap. IV, a. 6) y el a. 12 de ley costarricense de 1º de agosto de 1.934.

A la vista de los argumentos a favor y en contra, y teniendo en cuenta la distinción entre adopción plena y menos plena,

creemos más seguras, para el Derecho patrio, las siguientes conclusiones:

1º. El que adopta plenamente adquiere el usufructo y la administración de los bienes del adoptado, sin necesidad de prestar fianza alguna. El Código le concede así un derecho superior al del padre que reconoce a su hijo natural, el cual no tiene el usufructo de los bienes del hijo reconocido y deberá prestar fianza suficiente para obtener la administración.

2º. Quien lleva a cabo una adopción menos plena no adquiere, en ningún caso, el usufructo de los bienes del adoptado y solo tendrá su administración si presta la oportuna fianza.

3º. Si este adoptante no presta fianza habrá que nombrar un administrador, aplicando por analogía las reglas establecidas en el a. 494. La necesidad de obrar así deriva del hecho de quedar excluidos el adoptante (por no afianzar), el padre natural (porque ha perdido la patria potestad y, en consecuencia, su derecho sobre los bienes) y el tutor (pues, según el a. 199, solo procede la tutela a falta de la patria potestad y esta existe, ejercida por el adoptante)(248).

4º. La prestación de fianza no exime al adoptante de la observancia de los aa. 163 y ss. en cuanto le sean aplicables.

5º. La suficiencia de la fianza habrá de ser estimada, disjuntivamente, o por el juez o por las personas que hayan prestado su consentimiento a la adopción (pues esto creemos que quiere decir la expresión "personas que deban concurrir a la adopción"). No debe entenderse, por tanto, que el juez interviene solo para aprobar la fianza correspondiente a los padres que reconocen. Esta solución puede plantear algún conflicto, en el que creemos deberá prevalecer el criterio judicial, para evitar la arbitrariedad. Parece justo que si las personas citadas consideran injustificadamente la fianza prestada insuficiente, pueda el adoptante acudir al juez y la decisión de este prevalezca en caso de discrepancia. En cambio, no será admisible que fijada judicialmente

la cuantía de la fianza, puedan disminuirla las personas citadas y menos eximir al adoptante de esta obligación.

6°. La palabra "padres" comprende al padre y a la madre (S. de 8 de enero de 1.917).

La transmisión al adoptado del apellido del adoptante ha sido, históricamente, uno de los motivos que inspiró la institución. Hoy en día este efecto se encuentra casi universalmente reconocido, si bien con un criterio flexible, pues son escasas las legislaciones que, como Japón (a. 727) y Venezuela (a. 246), se limitan a establecer la sustitución pura y simplemente de los apellidos del adoptado por los del adoptante (sustitución de pleno derecho). La inmensa mayoría atienden este principio concediendo a la autoridad administrativa o judicial que aprueba la adopción, la facultad de disponer que el adoptado conserve los propios apellidos o los una a los del adoptante, como sucede en las legislaciones de Dinamarca (a. 10), Finlandia (a. 5°), Suecia (FB, cap. V, a. 3), Francia (cuando el adoptado es menor de 16 años: a. 350, párr. 1°) (250), salvo que las partes convengan en la sustitución (Bélgica, art° cit.). El sistema de adición de apellidos es seguido, en principio, en Uruguay (a. 165) y la mayoría de los países hispanoamericanos, Italia (a. 299) (250), Grecia (a. 1.582), Alemania (parág. 1.758) (251), etc.

Otras legislaciones siguen el sistema facultativo en cuanto al cambio o adición de apellidos, como nuestro anterior a. 175 y actual a. 180, Canadá y algunos países hispanoamericanos. El punto de vista más extremado de esta libertad concedida a las partes se encuentra representado por las legislaciones de Islandia (a. 10), Yugoslavia (L. 1° de abril 1.947) y la U.R.S.S.

No faltan legislaciones que establecen limitaciones especiales: el a. 5° de ley finlandesa de 5 de junio de 1.925 dispone que cuando el adoptado es casado conserva necesariamente sus

apellidos y no adquiere los de su adoptante; el párr. 3º del a. 350 del C. c. francés requiere el consentimiento del cónyuge de la adoptante y, si el marido ha fallecido, deben ser consultados por el tribunal sus herederos o los más próximos parientes. Los aa. 48 y ss. del Código de la familia húngaro de 6 de junio de 1.952 establecen que el adoptado adquiere el apellido del adoptante; no obstante, si adopta una mujer casada que ostenta el apellido de su marido, el adoptado necesita la autorización de este y, en su defecto, tendrá los apellidos que su adoptante tenía de soltera; si la adoptante es viuda y usa los apellidos de su marido, el adoptado podrá usarlos igualmente. A título excepcional, la oficina de tutelas puede autorizar al adoptado a conservar su apellido; en caso de adopción por los dos esposos deben estos indicar en la solicitud de quien ha de ser el apellido que lleve el adoptado. Si no hay acuerdo llevará el apellido del cónyuge que le haya adoptado en primer lugar y, en los demás casos, decide la autoridad competente.

Posición aislada es la mantenida por la legislación inglesa que nada dice sobre el particular, por lo que debe concluirse que la adopción, por sí sola, no autoriza ninguna transmisión de los apellidos; mas el rigor de esta regla se atempera por la tradición del Common Law que permite a toda persona cambiar libremente de apellidos. Como vemos, los sistemas son múltiples, pero su común denominador es la flexibilidad, en aras de la cual se cas muchas veces en el casuismo.

El sistema seguido actualmente por nuestra legislación se asemeja algo al francés y hace necesario distinguir la adopción plena de la menos plena. Para la primera, de modo parecido al párr. 2º del a. 369 del Código Napoleón (252), establece el párr. 3º del a. 178 de nuestro C. c.: "El adoptado, aunque conste su filiación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes." Sigue, pues, el sistema de sustitución o cambio

de apellidos y no el de mera adición, con lo cual se evita actualmente la necesidad de incoar un expediente solicitando el cambio de los apellidos cuando el adoptado sea un expósito, que imponía el antiguo a. 175 al mantener en toda su pureza el criterio de la adición.

Guarda estrecha relación con esta materia, en cuanto constituye su desarrollo, la doctrina legal de la Ley y del Reglamento del Registro civil, cuyas fechas respectivas son de 8 de junio de 1.957 y 14 de noviembre de 1.958. La exposición de motivos de la primera nos dice, en su aparatado VI, que "otras novedades, como la de apellidos del hijo natural o del adoptivo, responden a intereses sentimentales muy atendibles." Hace bien la ley al hablar de novedad en esta materia, pues tan nueva o más aún es la presente regulación con relación al anterior a. 175 como lo fué en su día este (cuyos únicos precedentes son los aa. 140 y 141 de los Proyectos de 1.851 y 1.882) respecto al Derecho anterior. La exposición de motivos del Reglamento, siguiendo la línea marcada por la de la ley, subraya en el párr. XXV: "En cuanto a los apellidos de los hijos adoptivos, se sigue los que el C. c. dispone después de su última reforma, y se completan, conforme a su espíritu, las normas sustantivas, procurando la mayor protección a los intereses del adoptado." Sobre el particular establece el a. 201 del mismo Reglamento que "el hijo adoptado en forma plena solo por varón, tiene, por el mismo orden, los apellidos del adoptante. Si el adoptante es mujer, llevará sus primeros apellidos, pudiendo invertir el orden en la propia escritura o después, con sujeción a las formalidades de la adopción." Si los adoptantes son cónyuges, los apellidos del adoptado se formarán como los de los hijos legítimos.

Debe estudiarse aquí, por cuanto viene a salvaguardar el secreto de la adopción y mantener el "statu quo" representado por los nuevos apellidos, la disposición contenida en el párr. 4º del artº 178 del C. c.: "El Registro no publicará, a partir

de la adopción, los apellidos impuestos al adoptado en su inscripción de nacimiento ni date alguno que revele su origen. No obstante, el Juez de Primera Instancia podrá acordar que se expida certificación literal del acta de inscripción de nacimiento del adoptado, a solicitud de quien justifique interés legítimo y razón fundada para pedirla. La resolución judicial no será necesaria si el solicitante fuese el propio adoptado mayor de edad." No se nos oculta que el secreto -muestra de "profundo respeto a la delicadeza con que la generalidad de los adoptantes de expósitos- llegan a los mayores sacrificios para que el adoptado viva como hijo legítimo"- y las fórmulas arbitradas para guardarlo no podrán prosperar ante determinadas situaciones, especialmente en los casos de sucesión hereditaria, puesto que, si a tenor del párr. final del a. 772 "en el testamento del adoptante, la expresión genérica hijo o hijos comprende a los adoptivos", puede darse el caso de que el Fisco salga quebrantado al tributar como hijos legítimos los que lo son solo adoptivos; para evitarlo no vemos otra solución que exigir que en tales casos las certificaciones del Registro civil no sean en extracto, sino literales, y quizá bastaría con la certificación del hijo mayor, si este es legítimo, pues quien tiene hijos legítimos no puede adoptar; pero incluso en este caso puede suceder que se hubiese adoptado por declaración de fallecimiento del hijo legítimo, posteriormente reaparecido.

El problema de la publicidad de la filiación cuando esta no es conocida o no es legítima, ha sido también abordado por la Ley y el Reglto. del Registro civil, que le consagran varios artículos, de los que sobresalen los aa. 6 y 59 de la Ley y 21, 22, 28, 29, 30, 33 y 36 del Reglto., habiéndose tratado de resolverlo "restringiendo la manifestación del folio de nacimiento y haciendo posibles las certificaciones sin constancia de filiación." (253) El mismo carácter secreto de la adopción de abandonados y expósitos, ante el que cede la publicidad, es mantenido

por la jurisprudencia de ciertos países, a pesar de la dicción legal. Así, la jurisprudencia venezolana ha decidido que el juicio de adopción no debía ser objeto de publicidad señalada en el a. 257, fundándose en que el a. 101 del Estatuto de los Menores consagra la obligación del secreto profesional para los funcionarios que intervienen en estos asuntos, aparte de que tal publicidad podría acarrear perjuicios al menor.

El párr. 3º del a. 180 regula la transmisión de los apellidos en los supuestos de adopción menos plena, separándose del criterio francés (254) y siguiendo el tradicional en nuestra Patria, pues solo se diferencia substancialmente del anterior a. 175 en la adición del inciso final. Según la nueva redacción, el adoptado -se sobreentiende menos plenamente- podrá usar con el apellido de su familia el del adoptante si se expresa en la escritura de adopción en la que en tal caso se establecerá el orden en que haya de usarlos." Este inciso final y los aa. de la LRC y del Reglto. que veremos inmediatamente, resuelven las dudas motivadas por el régimen anterior, que dieron lugar a la R. O. de 23 de julio de 1.929 según la cual el apellido del adoptante ha de usarse en segundo lugar, y a que la resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de mayo de 1.946 declarase que cuando se trata de adopción conjunta deberán intercalarse los apellidos comenzando por el paterno de la familia natural, seguido por el del adoptante, como primer apellido, y por el de la madre natural y el de la madre adoptante, como segundo. Actualmente, el a. 56 de la LRC dice que "en la escritura de adopción se puede convenir que el primer apellido del adoptante o adoptantes se anteponga a los de la familia natural del adoptado. Los apellidos no naturales pueden ser sustituidos por los de los adoptantes." Para el caso de que no se haya señalado orden en el uso de los apellidos, a pesar de la prescripción del a. 180 del C. c., resulta del a. 202 del Reglto. que el primer apellido del padre adoptante se antepondrá al primero no natural del adoptado,

y el de la madre adoptante procederá al segundo no natural. Estos apellidos no naturales pueden incluso desaparecer, siendo sustituidos, según la línea por los del adoptante (255). Por otra parte, el Reglamento parece haber ido un poco más allá de los términos establecidos en el a. 180 de la ley civil al permitir que "el uso de los apellidos del adoptante, su anteposición o la sustitución de los apellidos no naturales, puede establecerse después de la adopción, con sujeción a las formalidades de esta, o a petición del adoptado, por autorización del Ministerio de Justicia, si el adoptante o sus herederos y, por sí o sus representantes legales, el cónyuge y descendientes de aquél lo hubieran consentido" (a. 203). Los límites en cuanto a la determinación de los apellidos susceptibles de cambio se establece en el a. 207 del Regl.: "No será necesario que el apellido o apellidos, componente de la forma propuesta, pertenezcan legítimamente o provengan de la correspondiente línea, cuando los que se trate de alterar no correspondan por naturaleza. Los cambios de apellidos, cuando la filiación no los determine, están sujetos a las reglas de la imposición por el encargado; sin embargo, cabe el cambio por apellido no usual, ni perteneciente a la línea de apellidos conocido o a la persona que lo tenga adoptado, prohiado o acogido de hecho, si esta o sus herederos y, por sí o por sus representantes legales, el cónyuge o descendiente de ella, hubieren consentido el cambio. A efectos de cambio se consideran que pertenecen legítimamente los impuestos de oficio." Los aa. 216 al 218 del Reglto. contienen la reglas comunes a los expedientes de cambio y el a. 219 manifiesta que "el nombre y apellidos de un extranjero se rigen por su ley personal."

Consecuente con la claridad que debe reunir toda organización registral, prescribe el a. 197 del Regl. que "en las inscripciones de... adopción o cualquier otro (hecho) que determine cambio de apellidos, se expresará con claridad el orden resultante", y la disposición transitoria VI que "en las inscripciones ya practi-

oadas a que se refiere el párr. 2º del a. 197 el encargado, previamente a la expedición de la certificación de la inscripción de nacimiento o a petición del interesado, expresará marginalmente, con claridad, el orden resultante." La misma disposición transitoria contiene normas para aclarar el orden, disponiendo: "Cuando en la escritura de adopción se hubiera permitido al adoptado usar con el apellido de su familia el del adoptante sin establecer el orden, se atribuirá prioridad a los apellidos paterno y materno por naturaleza; los apellidos de adopción precederán a los impuestos de oficio, y el del adoptante varón al de la madre, si la filiación es natural."

En cuanto al alcance del cambio o modificación de apellidos, es decir, si estos afectan a los descendientes del adoptado, manifiesta el a. 204 del Reglto. que "el adoptado transmite el primer apellido a los descendientes" y que "el cambio de apellidos por adopción alcanza a los sujetos a la patria potestad y también a los demás descendientes que expresamente lo consintieren en la propia escritura o dentro de los dos meses siguientes (256). La declaración se ajustará a las reglas del a. 198" (257).

Resumiendo los principios que inspiran nuestra legislación, cabe señalar:

1. En la adopción plena se sigue el principio de la sustitución absoluta y obligatoria (aa. 178, párr. 3º del C. c. y 201 del Reglto. Reg. civ.).

2. En la menos plena se sigue el criterio permisivo o facultativo, combinado con el de la adición para los apellidos naturales del adoptado y el de sustitución para los no naturales (aa. 180, párr. 3º del C. c., 56 de la LRU y 202 del Reglto.).

A la cuestión de la transmisión de los apellidos se une la de los títulos nobiliarios. A diferencia de las legislaciones antiguas e incluso de las del siglo pasado (258) que se preocupaban de la cuestión, adoptando medidas para evitar los posibles frau-

des, las legislaciones modernas no suelen contener disposición alguna sobre el particular, de tal modo que cumple a la jurisprudencia llenar esta laguna legal. En Francia se admite que tanto el adoptado como, con mayor razón, el legitimado adoptivamente, tienen pleno derecho a suceder al adoptante en sus títulos nobiliarios, en la medida en que tal transmisión se operaría a favor de un hijo legítimo, según las reglas especiales resultantes del acta de colación del título, es decir, de ordinario al fallecimiento del adoptante titular y de varón en varón, por orden de primogenitura (259); a esta solución parece inclinarse la doctrina alemana a la vista del párag. 1.758 en relación con el 1.757, a diferencia de la belga.

En nuestra Patria, según el R. D. de 27 de mayo de 1.912 que adquirió fuerza de ley por expresa disposición del a. 9º de la L. de 26 de diciembre de 1.914, parece que no es transmisible el título nobiliario del adoptante al adoptado, puesto que el a. 4º de la citada disposición legal reitera que la sucesión ha de acomodarse estrictamente a lo dispuesto en la Real concesión y, en su defecto, a lo establecido para la sucesión a la Corona, es decir, al orden señalado en la ley 2ª, título XV, Partida II, que lo determina atendiendo a la mejor línea (la descendente con preferencia a la colateral), al mejor grado (o sea, el más próximo) dentro de la igualdad de línea, al sexo preferente (el masculino) en igualdad de línea y grado, y a la mayor edad, en igualdad de línea grado y sexo. Pero todo esto ha de entenderse referido a la filiación legítima, pues la sucesión en los títulos nobiliarios se caracteriza por exigir, como primer requisito, la limpieza de sangre.

El parentesco adoptivo, como el parentesco por la sangre, supone ciertos impedimentos para el matrimonio. De una manera casi general y absoluta, hasta el punto de constituir una verdadera regla de Derecho común legislativo, existe el impedimento entre

adoptante y adoptado. Contraria a este criterio general es la disposición promulgada en 1.937 por la Unión Sudafricana que, derogando el régimen precedente, permite el matrimonio entre el adoptante y el adoptado mayor de veintidós años.

Las legislaciones relativas a la materia pueden dividirse en dos grandes grupos: el germánico, representado fundamentalmente por los Códigos alemán y suizo, caracterizado por la índole restrictiva de la prohibición, puesto que el párr. 1.311 del B.G.B. prohíbe solo entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes, y el a. 100 del C. c. suizo lo prohíbe entre adoptante y adoptado y entre cada uno de ellos con el cónyuge del otro, y el grupo latino, en el que la prohibición alcanza a mayor número de personas. Según los términos del a. 354 del Código Napoleón y del a. 350 del C. c. belga, "se prohíbe el matrimonio: 1º. entre el adoptante, el adoptado y sus descendientes; 2º. entre el adoptado y el cónyuge del adoptante, y, recíprocamente, entre el adoptante y el cónyuge del adoptado; 3º. entre los hijos adoptivos de la misma persona; 4º. entre el adoptado y los hijos que pudiese tener el adoptante. No obstante, las prohibiciones expresadas en los dos últimos números pueden ser dispensadas por Decreto, si existen causas graves para ello." Este artículo se aplica solamente en Francia a la adopción ordinaria, pues respecto a la legitimación adoptiva entiende la doctrina, a falta de disposición expresa, que la prohibición alcanza al legitimado con todos los miembros de la familia del adoptante (260).

Nuestra legislación pertenece, ni que decir tiene, al segundo de los grupos citados, si bien el alcance de los impedimentos es más restringido que el manifestado por el Código francés. Según se desprende del párr. final del a. 174, "la adopción produce parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes legítimos, de otra; pero no respecto a la familia del adoptante, con excepción de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales." De aquí se infiere que debería existir impedimen-

to matrimonial entre el adoptante y el adoptado, y entre el adoptante y los descendientes legítimos del adoptado, puesto que existe parentesco entre ellos; también entre el adoptado y la familia del adoptante, en la medida señalada por el a. 84 al que se remite el inciso final del a. 174. Pues bien: el a. 84 no recoge el impedimento que debería existir entre el adoptante y los descendientes legítimos del adoptado (contenido en el n.º 1.º del Código Napoleón), puesto que sus números 5.º y 6.º solo declaran prohibido el matrimonio entre "el padre o madre adoptante y el adoptado; éste y el cónyuge viudo de aquéllos; y aquéllos y el cónyuge viudo de este", y a "los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado mientras subsista la adopción." Por otra parte, al no distinguir la ley en esta materia, al contrario de lo que sucede en otras, entre la adopción plena y la menos plena, resulta que ambas arrastrarán consigo las mismas consecuencias, siendo así que el hecho de considerar y tratar al adoptado plenamente como hijo legítimo hubiera aconsejado, quizá, un tratamiento más riguroso.

Estos impedimentos tienen carácter dirimente, es decir, que no solo prohíben contraer matrimonio sino que impiden que se contraiga válidamente, y son de naturaleza dispensable los que conciernen a los descendientes del adoptante (a. 85) y no dispensables los demás. Afectan lo mismo al matrimonio civil que al canónico, puesto que el canon 1.080 del Codex se remite a la ley civil (261). Existen muchas legislaciones que consideran estos impedimentos de parentesco legal como simplemente impedimentos o prohibitivos (v. gr.: Francia (262), no faltando tampoco legislaciones en las que el matrimonio del adoptante con el adoptado produce el efecto de revocar de pleno derecho la adopción (v. gr., a. 129 en relación con el párr. 3.º del a. 100 del C. c. suizo, y a. 121 del C. c. turco), sobre lo que insistiremos al hablar de la revocación, y otras precisan expresamente que la prohibición solo existe en tanto que dura la adopción (aa. 77 del C. c. vengo

zolano y 157 del mejicano). En nuestra Patria solo tiene este carácter transitorio el impedimento del n.º 6.º del a. 84, no los contenidos en el m.º 5.º de dicho artículo.

La obligación alimenticia es uno de los principales efectos del parentesco, por lo que es lógico que constituya también uno de los efectos normales de la adopción, hasta tal punto que hay quien ha dicho que "la base de la adopción... está ... en el deber recíproco de adoptante y adoptado de suministrarse alimentos" (263). Al enfrentarse el legislador con el problema de decidir a quien incumbe la prestación de alimentos en la adopción, ha podido seguir un sistema cumulativo, conservando dicha obligación para la familia por naturaleza y para el adoptante, ora un sistema sustitutivo, estableciéndola tan solo a cargo de este. A su vez, dentro del primer sistema, puede establecerse el principio de subsidiariedad, con arreglo al cual solo en defecto de uno de los obligados se puede pedir a otro esta prestación (y aquel contra quien debe dirigirse en primer lugar el adoptado suele establecerse que sea el adoptante) o bien el sistema cumulativo-facultativo, que deja al libre arbitrio del necesitado la elección del obligado a prestarlos, dentro del círculo de parientes previamente acotado por el legislador. El sistema según el cual la obligación alimenticia nacida de la adopción sustituye enteramente a las obligaciones anteriores derivadas del parentesco por naturaleza ha sido consagrado por el a. 64 de la ley del Estado de Nueva York, imitada por las de la mayor parte de los Estados americanos y por las dictadas después de la última guerra mundial en Islandia (a. 11 de la L. de 1.953), Holanda, Canadá, Uruguay y Checoslovaquia. El sistema cumulativo es el seguido por el par.º 1.766 del B.G.B. (264), el a. 436 en relación con el 300 del C. c. italiano (265), y los aa. 355 del Código Napoleón (266), 268 del C. c. suizo, 1.586 del griego y 337 del peruano, aparte del C. c. cubano y los de la mayoría de los restantes países hispano

americanos . En resumen, puede afirmarse que la tendencia común consiste en acumular la obligación alimenticia nacida de la adopción a la derivada del parentesco natural, aún cuando las más recientes legislaciones hayan preferido, asimilando el adoptado al hijo legítimo del adoptante, suprimir la obligación alimenticia derivada del parentesco por consanguinidad y dejar tan solo subsistente la nueva obligación a cargo del adoptante.

El actual párr. 2º del a. 174 establece: "Adoptante y adoptado se deben recíprocamente alimentos, sin perjuicio del preferente derecho de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos." A la vista del párrafo transcrito y de los párrafos 2º y 3º del a. 179, comentados anteriormente, no cabe duda que nuestra legislación se adscribe al sistema cumulativo, señalando la ley el orden subsidiario en que los alimentos habrán de pedirse: el adoptante debe prestar alimentos, sucesivamente, a sus hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos, adoptado, ascendientes y hermanos. ¿Qué pasa con el cónyuge del adoptante? A pesar de que el a. 174 no lo menciona, creemos que subsiste el derecho del cónyuge a obtener alimentos de su consorte con preferencia al resto de las personas mencionadas en los citados artículos. Cuando el adoptado no pueda obtener de su adoptante los alimentos en la medida necesaria, podrá reclamarlos de sus ascendientes o colaterales por naturaleza. Mas si el adoptado está casado estimamos, por la misma razón acabada de exponer, que debe reclamar alimentos, en primer lugar, a su cónyuge y en su defecto podrá acudir al resto de las personas, bien sea el adoptante, bien, en tercer lugar por orden de preferencia sus parientes por la sangre.

El párr. 2º del a. 174 que comentamos se aplica tanto a la adopción plena como a la menos plena. A simple vista se advierten sus diferencias respecto al anterior a. 176: este último mencionaba con derecho preferente al adoptado a los hijos naturales reconocidos y a los ascendientes del adoptante (a pesar

de no mencionar a los hijos legítimos o legitimados, sin duda por la prohibición del anterior a. 174, 2º, si bien cabía que estos hijos hubiesen nacido con posterioridad a la adopción, aparte de que la misma prohibición subsiste hoy día), mientras que ahora, al no hacer expresa reserva del preferente derecho de los ascendientes legítimos del adoptante, habrá que entender que el anterior orden legal ha sido alterado. La consecuencia no puede ser otra. No obstante, creemos que hubiera sido de desear una mayor precisión legal, retocando los aa. 143 y 144 si era necesario.

Tampoco cabe duda que los alimentos a que se refieren los aa. 174 y 179 (ya estudiado) son los determinados en el a. 172. En cambio no está del todo claro si la obligación alimenticia se da solo entre adoptante y adoptado o si alcanza también a los descendientes legítimos de éste, cuestión a la que ya nos hemos referido al tratar del parentesco. Del párr. 2º del a. 174 se desprende que solo tiene lugar entre adoptante y adoptado, más del último párr. del citado artículo parece deducirse que la obligación alimenticia se extiende a los descendientes del adoptado, pues siendo una consecuencia del parentesco y existiendo este por expresa declaración legal entre el adoptante y los descendientes del adoptado, la lógica lleva a semejante conclusión, aparte de existir en muchas ocasiones la necesidad de que así sea, so pena de que queden tales descendientes desprovistos de todo amparo. En la doctrina francesa, Vismard (267), relacionando el a. 355 del C. c. francés ("el adoptado debe alimentos al adoptante si este tiene necesidad y, recíprocamente, el adoptante debe alimentos al adoptado) con el 353 ("el vínculo de parentesco resultante de la adopción se extiende a los hijos legítimos del adoptado") llega a la misma conclusión, si bien reconoce que se trata de una cuestión muy controvertida doctrinalmente, pues al contrario del a. 356 (referente

a los derechos sucesorios) el a. 355 del Código Napoleón no menciona, como hemos visto, a los descendientes legítimos del adoptado. Esta discusión, que en nuestro Derecho alcanza a ambas clases de adopción, queda reducida en el Derecho francés a la adopción ordinaria, ya que tratándose de la legitimación adoptiva se reconoce unánimemente, a virtud del principio contenido en el a. 370 (el que es objeto de una legitimación adoptiva deja de pertenecer a su familia natural ... y tiene los mismos derechos y las mismas obligaciones que el nacido de matrimonio") que la obligación alimenticia existe, conforme al Derecho común (aa. 203 y ss. del C. c.) entre los legitimantes y sus ascendientes, de una parte, y el legitimado y sus descendientes legítimos de otra, salvo la excepción contenida en el párr. final del a. 370: cuando uno o varios de los ascendientes de los autores de la legitimación adoptiva no han dado su adhesión a la misma en un acto auténtico, el legitimado y dichos ascendientes no se deberán alimentos. Lo que está claro en nuestro Derecho es que no existe obligación alimenticia entre el adoptado y los parientes del adoptante, ni entre aquél y el cónyuge de éste.

C A P I T U L O I V

SUMARIO.- B) Efectos entre adoptante y adoptado (Cont.).--

h) Derechos sucesorios: a') del adoptante a heredar al adoptado; b') del adoptado y sus descendientes legítimos: a'') argumentos favorables y adversos; b'') Derecho comparado; c'') Derecho español: a''') adopción plena; b''') adopción menos plena; c''') pacto sucesorio.- i) Tutela: a') del adoptante; b') del adoptado: a'') testamentaria; b'') legítima; c'') dativa.- j) Ausencia; k) Nacionalidad.- l) Vecindad civil.- O) Otros efectos de la adopción.- D) Desde cuándo comienzan los efectos de la adopción: a) respecto de las partes; b) en cuanto a terceros; c) consideración especial de las adopciones póstumas.

La adopción tiene importantes efectos desde el punto de vista sucesorio. Se recordará que en el antiguo Derecho romano se utilizó, en ocasiones, la institución para llamar a la sucesión del paterfamilias a ciertos cognados excluidos de la familia agnaticia, y que en el Bajo Imperio se consagraron numerosas disposiciones legislativas a este problema (268). Aún hoy se puede encontrar alguna legislación de origen latino que, como la rumana, considera tradicionalmente la adopción como una simple institución de heredero, fórmula aplicada también por ciertos juristas de la provincia canadiense de Quebec (269).

Para mayor claridad desarrollaremos esta cuestión en dos grandes apartados, examinando en el primero los derechos del

adoptante en la sucesión del adoptado y en el segundo los de éste y, eventualmente, de sus descendientes legítimos, a suceder al adoptante, bien entendido que tales derechos hacen referencia a la sucesión abintestato, pues tanto el adoptante como el adoptado pueden instituirse herederos sin más límite que el respeto a las legítimas o porciones equivalentes.

Por regla general, las legislaciones excluyen al adoptante del derecho de suceder abintestato al adoptado, declarándolo así expresamente (270) e incluso, como los Derechos alemán y suizo, tachando de nula toda disposición en contrario, con lo que la imposibilidad afecta a los pactos sucesorios admitidos en estas legislaciones (271). Los sistemas que como el noruego (a. 14), el de Nueva York, California y algunos otros Estados americanos, admiten la plena igualdad de tratamiento entre adoptante y adoptado en materia sucesoria, constituyen la excepción. Algunas leyes, como la brasileña, llaman al adoptante a la sucesión del adoptado cuando este no deja descendientes ni ascendientes legítimos en primer grado, y otras se limitan a reconocer al adoptante el derecho a suceder al adoptado en los bienes que le había donado, es decir, un derecho de reversión (272).

La regla tradicional en nuestro Derecho era la de que "el adoptante no adquiere derecho alguno a heredar al adoptado" (a. 177 antiguo), acogida favorablemente por los comentaristas, pues se decía que se evitaban las adopciones hechas con miras interesadas (273). La reforma ha dejado reducido este principio a la adopción menos plena, pues según el párr. 1º del a. 179, el que adopta plenamente tiene en la sucesión del adoptado los mismos derechos que la ley concede al padre natural. Notemos bien que este derecho es solo en la herencia del adoptado, no en la de los descendientes de este. Bien claramente se expresa la exposición de motivos: "En la adopción plena, adoptante y adoptado ocupan en sus respectivas herencias el mismo lugar que los hijos naturales reconocidos y los padres que los reconocieron." Es decir, que el adoptante tiene la

ualidad de heredero forzoso del adoptado (a. 807, n.º 3.º y a. 846).

En la adopción menos plena nada se dice. ¿Quiere con ello significarse que el adoptante tiene derecho a suceder al adoptado? Por el mero hecho de la adopción la respuesta ha de ser negativa, puesto que si para concederle al que adopta plenamente ha sido necesaria una declaración legal expresa, el silencio de la ley debe interpretarse ahora como negativa. ¿Podrá establecerse en la escritura de adopción este derecho? Creemos que, como tal pacto sucesorio, su validez es dudosa en nuestro Derecho, por el principio general prohibitivo expuesto principalmente en el a. 1.271, párr. 2.º

Los autores han esgrimido abundantes argumentos en pro y en contra del derecho sucesorio del adoptado en la herencia del adoptante. Los principales de entre los favorables son:

1. Se favorece a las clases desheredadas.
2. Se reparan consecuencias de actos de generación ilegítima.
3. Si la sucesión se basa en una presunción de afecto, es lógico suponerlo entre adoptante y adoptado pues la adopción es un acto voluntario y libre.

4. Si el adoptante tiene el deber de alimentar al adoptado, ¿por qué no ha de tener el de instituirle heredero? Ya defendía Comas que este derecho debe manifestarse como "legítima".

5. Si se suprimiese este derecho resultaría desnaturalizada la institución; históricamente puede afirmarse que ha sido el principal efecto de la adopción y casi su fin primario. Al discutirse el Código civil francés, sostenía Napoleón que la adopción era inútil si no se daba al padre adoptivo un hijo: "Elle n'est plus, en effet, qu'une simple institution d'héritier." (274). "El único resultado serio de la adopción, sostiene Planiol (op. cit. p. 493), es dar un heredero con todos los derechos de un hijo a las personas que no tienen descendientes." Sánchez Román (275), Burón (276), Mucius Scaevola (277), etc., se muestran unánimes en defender este derecho del adoptado, y el Tribunal Supremo, en S. de 19 de abril de 1.915, declara que excluir de la sucesión intestada al hijo

adoptivo es olvidar el concepto jurídico de la adopción y desviarse en absoluto de las reglas del Derecho general de sucesión.

Las razones aducidas en contra son tan débiles como las siguientes:

1. Que se acumulan los derechos y deberes en relación al adoptante a los que el adoptado conserva en relación con sus propios padres (278), a lo que puede responderse: -¿Y si el adoptado carece de familia natural o esta es pobre?
2. Que de concederse esos derechos al adoptado, ¿como negarlos al adoptante contra la regla general de la reciprocidad en las sucesiones? Aparte de que no hay regla sin excepción, no existen argumentos definitivos para negar el mismo derecho al adoptante.
3. Es más moral dejar los derechos de sucesión al mérito. Pero ¿quien premia los méritos del adoptado si el adoptante fallece sin testar? Sería preferible autorizar la revocación de la adopción por ingratitud del adoptado, como propone Laurent (Avant-Projet de Révision du Code civil, Bruxelles, 1.883, t. II, p. 176) y mejor aún, suprimir el derecho del adoptado si incurre en causas de indignidad o desheredación.
4. El temor de conceder "a priori" derechos sucesorios de carácter irrevocable disminuiría el número de adopciones; mas la experiencia se encarga de desmentir esta suposición.

Casi todos los países conceden al adoptado el derecho de suceder al adoptante. La excepción total, francamente unilateral, está representada por los países de Derecho musulmán que, como Egipto, establecen que la adopción no puede derogar el orden normal de sucesión. La regla común tiende a assimilar al adoptado al hijo legítimo del adoptante, y las legislaciones que admiten la libertad de las partes manifestada en las estipulaciones del acta de adopción, se limitan a autorizar la exclusión del adoptado en la herencia del adoptante a la que en otro caso sería llamado (279), punto de vista diametralmente opuesto al que rige en nuestra Patria para la adopción menos plena. El Derecho sucesorio del adoptado se encuentra

reconoce con algunos matices de detalle, pero con la persistencia de una verdadera constante jurídica en Alemania (párr. 1º del párr. 1.757 y p. 1.759), Bélgica (a. 352), Brasil (a. 1.605), Checoslovaquia (a. 63), Chile (a. 24 de la L. de 21 de octubre de 1.943 modificado por la L. de 2 de abril de 1.952), Colombia (a. 281), Costa Rica (a. 17), Cuba (a. 177), Dinamarca (a. 13, párr. 1º), Francia (a. 356), Islandia (a. 18 de la ley nº 42 de 1.940), Italia (aa. 304 y 567), Japón (a. 809), Hungría (a. 14), Noruega (a. 14), Perú (a. 338), Polonia (a. 64), Quebec (a. 18), Suecia (cap. IV, a. 1º), Salvador (a. 23), Uruguay (a. 167), Venezuela (a. 828), etc. Claro está que a este derecho se le imponen limitaciones cuando el adoptado concurre con hijos legítimos del adoptante, en cuyo caso, según el C. c. chino de 1.930, solo tiene derecho a la mitad de lo que correspondía a cada uno de estos, regla que también existe en el Código brasileño, mientras que la legislación venezolana dispone que la parte del adoptado sea igual a la del heredero forzoso menos favorecido, sin que nunca pueda exceder de la quinta parte del total. De modo que las legislaciones tratan de conseguir un cierto equilibrio y proporción entre el adoptado y los herederos forzosos (por la sangre) del adoptante.

Nuestra legislación anterior a la reforma no establecía derecho alguno en beneficio del adoptado en la sucesión abintestato del adoptante. Mas corregido este punto de vista por la ley de 1.958, es preciso distinguir entre la adopción plena y la menos plena, si bien las disposiciones del a. 174 son comunes a ambas.

Parece que, al menos en principio, debiera haberse equiparado al adoptado plenamente a los hijos legítimos del adoptante. Por tal solución, según el legislador, hubiera hecho más intenso el vínculo adoptivo que el de la filiación natural; por eso, la posición del adoptado plenamente se equipara a la del hijo natural reconocido, tanto en la sucesión legítima como en la forzosa. Mas dudamos que la explicación dada por el legislador sirva de justi-

ficación, teniendo en cuenta que en otros lugares (v. gr.: aa. 166) se conceden a quienes adoptan plenamente derechos superiores a los del padre que reconoce, con lo que el vínculo adoptivo se refuerza por parte del adoptante, y que, además, se prohíbe la adopción a quienes tienen hijos naturales reconocidos, si bien no es nuestro país el único en que impera tal criterio (280).

Según el párr. 1º del a. 179, "por ministerio de la ley el adoptado y, por representación, sus descendientes legítimos, tendrán en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido, y el adoptante en la sucesión de aquél los que la ley concede al padre natural." Al equiparar el adoptado a los hijos naturales reconocidos, dicho está que los adoptados no son reservatarios del a. 968 del C. c., a diferencia de lo establecido en el a. 356 del C. c. francés para la adopción (281-282). Las palabras "por ministerio de la ley" indican que tal derecho lo tiene el adoptado con independencia de cualquier otra estipulación es decir, que se trata de un derecho mínimo que la ley le concede, de una "legítima", en suma, con idéntico alcance que la concedida al hijo natural reconocido, y que afecta tanto a la sucesión legítima como a la forzosa, siendo aplicables los aa. 807 y concordantes del C. c. -por lo que debería haberse aprovechado la reforma de algunos de dichos aa., v. gr.: 807, 841, para mencionar a los adoptados plenamente- y los aa. 939 a 944 del mismo Cuerpo legal, así como los correspondientes al derecho de representación (aa. 924-929) y, en general, todas las disposiciones que se relacionan con estas y conduzcan a lograr la efectividad de su derecho (v. gr. a. 815), cuyo desarrollo no es propio de este lugar, aparte de que alargaría considerablemente nuestro estudio. (289).

En la adopción menos plena, "el adoptado como tal, solo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, sin perjuicio de la legítima de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos que pudiera tener el adoptante." (a. 180, párr. final). El último inciso

de este párrafo no era, en realidad, necesario, pues siempre había que entender subsistentes las legítimas. De esta disposición resulta que el adoptado no tiene derecho a suceder abintestato al adoptante, a menos que se haya pactado lo contrario en la escritura de adopción. Si esto ha sucedido, serán aplicables los párrs. 3º y 4º del a. 174 -que también alcanzan al pacto establecido en la escritura de adopción plena- según los cuales, "los derechos del adoptado en la herencia del adoptante y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efecto, aunque este muera intestado, salvo que el adoptado incurriera en indignidad para suceder o causa de desheredación, o se declare extinguida la adopción. El pacto sucesorio no podrá exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante, sin perjuicio de los derechos legítimos reservados por la Ley a favor de otras personas."

Expresamente se admite aquí una especie de pacto sucesorio (pacto de sucedendo, confirmativos o de institución) en contradicción con lo establecido en el párr. 2º del a. 1.271, si bien este artículo ya tenía con anterioridad a la reforma abundantes excepciones en el mismo Código (285), una de las cuales era, precisamente, el a. 177. Y se concede a este pacto carácter irrevocable, a menos que el adoptado incurra en indignidad para suceder (aa. 756 y ss.) o causa de desheredación (aa. 848 y ss.) o se declare extinguida la adopción (a. 175) (286). El C. c. al decir que tales derechos surtirán efecto aunque el adoptante muera intestado, confirma el criterio jurisprudencial que interpretando el antiguo a. 177 había llegado a la misma conclusión. En efecto, las SS. de 19 de abril de 1.915 y de 30 de mayo de 1.951 declararon que el hijo adoptivo a quien el adoptante se obliga a instituir heredero, tiene derecho a heredarle abintestato en toda la herencia a falta de descendientes y ascendientes legítimos. Merece la pena detenerse un poco en el examen de estas sentencias, sobre todo de la primera de ellas, porque su comentario puede servir-

nos para comprender la razón de la vigencia de las disposiciones actuales. La doctrina jurisprudencial es la siguiente:

Que para excluir de la herencia intestada a un hijo adoptivo no existiendo ninguno de las líneas preferentes, descendientes ascendientes legítimos o hijos naturales reconocidos, sería inevitable, no solo olvidar el concepto jurídico de la adopción, si no desviarse en absoluto de las reglas del derecho general de sucesión, efecto este contrarior al orden moral y público de nuestro país, que la jurisprudencia contemporánea, si no ha de prestarse a consagrar un quebrantamiento de esa razón, no debe consentir, siendo como es intérprete dedicado a suplir omisiones involuntarias de algún concepto dado en que los redactores de preceptos legales hubiesen podido o puedan incurrir, La solución negativa a la sana doctrina expuesta se separa del canon de una recta interpretación, pues si se viera el pasaje segundo de los tres que complementan el a. 177 del C. c. única y exclusivamente en su rigurosa desnudez al decir que en ningún caso perciba el adoptado fuera de testamento la herencia del adoptante, a menos que en la escritura de adopción se obligue a instituirle heredero, con esta inesperada transformación de espíritu mucho más restrictivo que el de la vieja legislación y mayor número de las extranjeras, desaparecería el concepto fundamental, base de este linaje de familia, que es preciso salvar, y como consecuencia, a la vez que la paternidad solemnemente declarada, las prerrogativas personales que al igual casi de los legítimos adquieren por ella los hijos adoptivos, de donde se infiere que las personas prohijadas, ya que el silencio del legislador no prueba nada, deben ocupar dentro de los órdenes de sucesión un lugar adecuado a su especial condición.

Cue a nadie es legalmente permitido limitar una legítima plena, para otorgar del haber hereditario que la forma solo de terceras partes, sin admitir la existencia de un testamento previo, cuya calificación no cabe atribuir a la cláusula de una es

escritura de adopción por la que los padres adoptantes contraen la obligación de instituir heredero en su testamento al adoptado en la porción legítima que a favor de los hijos legítimos establecen las leyes, pues aparte de la dudosa expresión de estas frases, la expresada cláusula caracteriza una convención bilateral concertada entre el adoptante y el adoptado en tanto que la última voluntad de un testador, legítimamente formalizada, reviste por su peculiar naturaleza un acto a la vez que unilateral esencialmente irrevocable

Abundando en el mismo criterio, la S. de 21 de mayo de 1.951 establece: "Cuando el hijo adoptivo a quien se prometió instituir heredero, no es instituido y muere sin testar los que le adoptaron, aquel tiene derecho a heredar abintestato a falta de descendientes y ascendientes legítimos e hijos naturales reconocidos; el hijo adoptivo puede casi equiparársele al legítimo."

Los autores, al comentar el anterior a. 177, mantenían estas opiniones: Comas era del parecer que, fuera de testamento, el adoptado no hereda (287); Sánchez Román (288) y Mucius Scaevola (289) estimaban que solo heredaría en el caso de faltar ascendientes, descendientes e hijos naturales reconocidos, mientras que Castán defendía que incluso cuando haya descendientes o ascendientes y el adoptante deje heredero a un extraño, el adoptado tendrá derecho a la cuota de los hijos legítimos o al menos a la de los hijos naturales reconocidos (290). En el caso debatido en la S. de 19 de abril de 1.915 se mantuvieron tres diversas posiciones:

1ª. Representada por el Juzgado, que negó todo derecho hereditario a la adoptada.

2ª. La Audiencia estableció que la adoptada tenía derecho a suceder a su adoptante, pero solo en aquella porción hereditaria que le fué reconocida en la estipulación tercera de la escritura de adopción otorgada el 1º de julio de 1.899, que era, precisamente "la porción legitimaria que a favor de los hijos legítimos establecen las leyes".

3ª. El Tribunal Supremo falló que la adoptada, en concepto de heredera abintestato, era llamada a la totalidad de la herencia.

Esta diversidad de criterio nos indica que se trata de un tema arduo, por la serie de diferentes problemas que pueden plantearse, como el siguiente: ¿Tendrá el adoptado igual derecho en el caso de haber descendientes, ascendientes e hijos naturales reconocidos? Las posibles soluciones, según el régimen anterior, eran:

a) Negarle todo derecho, posición mantenida por Lucius Spegvola y Sanchez Román, apoyándose en la preferencia que el a. 176, a propósito de los alimentos, concedía a los ascendientes y a los hijos naturales reconocidos, por no hablar de los descendientes. Contra ella podía objetarse que la deuda alimenticia y la sucesión son dos instituciones diferentes y, por lo mismo, no puede aplicarse el principio "ubi est eadem ratio..."

b) Considerar la promesa hecha en la escritura de adopción como una institución de heredero y llamar al adoptado a la parte que quede libre, una vez deducidas las porciones legítimas.

c) Llamar al adoptado como heredero abintestato (no testamentario) considerándolo como hijo legítimo a los efectos de los aa. 931 y es., de tal modo que partiría con los de legítimo matrimonio y excluiría, caso de haber descendientes legítimos, a los ascendientes e hijos naturales reconocidos. Las sentencias mencionadas, al hablar de las prerrogativas personales que, al igual caso de los legítimos adquieren los hijos adoptivos, podrían ser invocadas en apoyo de esta solución.

Actualmente no cabe duda, merced a la redacción del párr. 4º del a. 174, que el adoptado sucede al adoptante en concurrencia con ascendientes, descendientes e hijos naturales reconocidos, respetando la legítima de todos estos en la adopción menos plena (a. 180 párr. final) y con el tope máximo de los dos tercios a que alude el a. 174.

Otra cuestión que suscitaba el antiguo a. 177 y que hoy se encuentra resuelta, como veremos, es la de si el adoptante podía revocar la promesa de instituir heredero al adoptado, hecha en la escritura de adopción. Las hipótesis eran:

1º. Que el adoptante no cumpla su promesa y fallezca bajo testamento en el que instituye heredero a un extraño. Mucius Scaevola entiende (291) que el adoptado no tiene derecho a pedir la nulidad de la institución hereditaria, porque no es heredero forzoso. Pero este argumento no vale actualmente, sobre todo si el adoptado lo ha sido plenamente; y aún en el caso de que la adopción sea menos plena, al decir el Código que "los derechos surtirán efecto supone éste -el adoptante- muera intestado", parece dar a entender que al caso de morir intestado hay que equiparar el de morir testado, siendo el testamento anterior al pacto sucesorio.

2º. Que el adoptante, después de cumplir esta obligación instituyendo heredero al adoptado, revoque el testamento por otro posterior. Hoy en día este supuesto queda resuelto por el carácter irrevocable del pacto sucesorio. Bajo la antigua legislación opinaba Mucius Scaevola que aunque la promesa del adoptante constituya una cuasi-institución de heredero, el adoptado no podía pedir la nulidad del testamento por ser este un acto esencialmente revocable, pero Castán (292) cree poco serios sus argumentos y estima juiciosamente que el espíritu del a. 177 conduce a la solución contraria, pues ¿qué utilidad tendría si que obligación constituiría esa promesa si el que la hizo pudiera revocarla a cualquier hora?

3º. Que el adoptado, en escritura posterior a la adopción, renuncie al derecho hereditario. Entendemos que la renuncia anticipada es nula, ya que si bien puede dejar de ejercer sus derechos hereditarios, no puede obligarse a ello válidamente (293).

El a. 174 habla de que los derechos hereditarios estén establecidos en la misma escritura de adopción, y preguntamos: ¿Podría darse la misma fuerza a los establecidos en documento posterior a la adopción? La contestación depende del valor que se dé a la conjunción "y", así como de la interpretación del párr. 4º del a. 174, el cual no dice: "Dicho pacto sucesorio...", sino

simplemente: "El pacto sucesorio..." Mas no debe olvidarse que el párr. 4º del a. 180 vuelve a referirse a la escritura de adopción, de modo que solo en cuanto se halle contenido en esta gozará el pacto de la protección del a. 174.

Para el caso de cortar, en lo posible, las cuestiones que pudieran promoverse y facilitar la conservación del secreto de la adopción, el párr. final del a. 772 contiene la siguiente regla interpretativa: "En el testamento del adoptante, la expresión genérica hijo o hijos comprende a los adoptivos." El alcance del precepto es más amplio que el del Proyecto de la Comisión, pues en este se refería solo a la adopción plena mientras que ahora lo hace a las dos clases de adopción, pero también más restringido, porque se limita al testamento del adoptante, no al de cualquier persona (294). ¿Quiere ello decir que en los testamentos que no sean del adoptante el llamamiento genérico hijos no comprende a los adoptivos? Como la primera regla en materia de interpretación testamentaria es la intención del testador (a. 675, apartado 1º), habrá de estarse a esta. Mas si la voluntad del causante no puede deducirse claramente habrá que atender al sentido literal de las palabras empleadas y, en este caso, juega la idea expuesta anteriormente de determinar si la relación adoptante-adoptado es equivalente a la de padre-hijo, es decir, si la adopción envuelve la idea de filiación y paternidad (ficticias). Si la respuesta es afirmativa habrá que conceder que tales palabras comprenderán, en principio, a los adoptados, y a la inversa. Por regla general, si el testador ignoraba la adopción y suponía al adoptado verdadero hijo del adoptante, lo que es fácil tratándose de adopción plena, habrá que presumir que su voluntad era comprender al adoptado entre los aludidos hijos, a menos de que la cualidad de hijo legítimo aparezca como determinante de la institución. Del propio modo, no puede haber discusión si el adoptante no tiene más hijos que el adoptado. En el mismo sentido que nuestro Código, establece el a. 21 del Estatuto de Quebec y el a. 26 de la ley islandesa de 13 de diciem

bre de 1.952 que cuando por la ley o por los particulares se emplea la palabra "hijo" en un acto jurídico, dicho término comprende a los adoptivos, salvo expresa disposición en contrario. En cambio, según la citada ley islandesa, la palabra hijo o hijos empleada por el padre o la madre naturales del adoptado no comprenderá, en principio, a éste.

En orden a la tutela establece el párr. 6º del a. 174 que "adoptante y adoptado serán considerados como padre e hijo, pero los hijos legítimos y los hijos naturales reconocidos, si existiese, serán preferidos a los adoptivos." Este precepto se aplica a las dos clases de adopción y tanto a la tutela del adoptante como a la del adoptado.

El adoptado, bien lo haya sido plena o menos plenamente, será llamado a desempeñar la tutela legítima de su adoptante del mismo modo que si este fuese su padre por la sangre; es decir, que entrará en el nº 3º del a. 220 y en el 3º del a. 227, después de los hijos legítimos y de los naturales reconocidos. Esta posposición de los adoptados a tales hijos se puede justificar en la adopción menos plena, pero es más difícil admitirla para la plena, puesto que el así adoptado se equipara, en principio, al hijo natural reconocido (y, según resulta de la exposición de motivos, debería haberse equiparado a la filiación legítima, no siendo tampoco la jurisprudencia reacia a admitir esta orientación, como hemos visto); partiendo de esta asimilación debería llamarse a los adoptados plenamente al mismo tiempo que a los hijos naturales reconocidos, resolviéndose la preferencia entre ellos por razón del sexo y de la mayor edad. De este modo se habría resuelto implícitamente la preferencia en el caso de que existan unos hijos adoptados plenamente y otros que lo hayan sido menos plenamente, mientras que ahora si concurren ambas clases de adoptados se determinará la preferencia por razón del sexo y de la edad, lo cual supone una injusticia para los primeros.

En la tutela de los pródigos ¿resultarán llamados después de los hijos legítimos y naturales reconocidos o, por el contrario, habrá que dar preferencia a la mayor edad? O, dicho de otro modo, ¿la norma del a. 174, párr. 6º debe prevalecer sobre la del a. 227, 3º? Atendiendo a la "ratio" de esta tutela parece que debe concederse preferencia a la mayor edad y considerar en este caso, en igualdad a los hijos legítimos, naturales reconocidos y adoptivos, atendiendo entre ellos solo a la mayor edad para conceder preferencia. De no resolver así podríamos llegar a la conclusión de que, como el a. 174 no distingue entre hijos e hijas, podrían ser estas tutoras del pródigo, lo cual se opone a la específica finalidad de esta tutela. Si atendemos, en cambio, al a. 174, como no distingue entre las distintas clases de tutela y afirma para todas ellas la preferencia de los hijos legítimos y naturales reconocidos sobre los adoptivos, habría que llamar al mayor de los hijos varones emancipados de entre los legítimos; si no hay tales o ninguno reúne las condiciones legales, se elegiría, con arreglo al mismo criterio, entre los naturales reconocidos y, en defecto de éstos, acudiría a los adoptivos. Solución, como puede verse, en pugna con el a. 227, nº 3º que llama indistintamente a los "hijos".

Exigiéndose para la apertura del organismo tutelar que el pupilo no esté bajo la patria potestad (a. 199 del C. c.) y pasando ésta, en la adopción menos plena, a los padres por naturaleza del adoptado en defecto del adoptante (a. 189, párr. 2º), resulta que mientras en la adopción plena es suficiente con que fallezca el adoptante o devenga incapaz, etc., en cambio, en la menos plena para que se dé el supuesto sin el cual la tutela no puede comenzar, es preciso que tales hechos afecten también a los padres por naturaleza. En la adopción plena la tutela juega cuando el adoptante no puede ejercer la patria potestad; en la menos plena es preciso que esta imposibilidad afecte también a los padres por naturaleza del adoptado. Esto, claro es, referido a la

tutela de los menores no emancipados, pues tratándose de mayores los supuestos de apertura de la tutela son los mismos para ambas clases de adopción.

Teniendo en cuenta el principio general del a. 174, párr. 6º y las normas concernientes a las diversas clases de tutela, resulta la siguiente regulación de la tutela del adoptado:

A) Tutela testamentaria.—

Pueden deferir la tutela de un modo pleno y absoluto, en todos los elementos que constituyen el organismo tutelar, o sea, tutor, protutor y consejo de familia, al adoptado:

a) En la adopción plena solo el padre o madre adoptante (aa. 206 y 294 del C. c.). No los padres por naturaleza, puesto que el adoptado es, por definición, un abandonado o expósito. Solo si estos impugnan la adopción, al amparo del a. 175, 1º y prospera su demanda, podrán nombrar los órganos tutelares, pero entonces se habrá extinguido la adopción. No obstante si, en este supuesto, los padres por naturaleza no hacen uso de su derecho, ¿valdrá el nombramiento hecho por el adoptante? Nos remitimos a lo dicho a propósito de la sucesión testamentaria: como al extinguirse la adopción queda sin más efectos que los ya consumados, parece que nos es válida la delación hecha por el adoptante en cuanto tal.

b) En la adopción menos plena, hay que distinguir:

a') Si el adoptado es abandonado o expósito estamos en el caso anterior.

b') Si el adoptado no es abandonado ni expósito tanto los adoptantes como los padres naturales poseen el citado derecho; si ambos hacen uso del mismo, el conflicto se resuelve aplicando el nº 1º del a. 209 del C. c.

Pueden deferir la tutela de un modo parcial (en cuanto pueden nombrar tutor, pero no protutor ni consejo de familia) y condicional (en cuanto se precisa que el consejo resuelva aceptar la herencia o legado) los extraños que hagan estas liberalidades (a. 207). El a. 209 resuelve el conflicto que puede plantear la coexistencia de diversos nombramientos de tutores.

B) Tutela legítima.--

La diferencia que separa la adopción plena de la menos plena es también notoria, pues en la primera los ascendientes y colaterales del adoptado no son llamados, a diferencia de lo que ocurre en la segunda. Para esta serán preferidos los padres adoptivos a los naturales, rigiendo aquí principio contrario al mantenido para los casos en que el pupilo sea el adoptante. Sentados estos principios generales, el sistema es el siguiente:

1. Adopción plena:

A) Tutela de los menores.-- No existe tutela legítima de los menores, porque respecto a la familia del adoptante no produce efectos la adopción (a. 174, párrs. 6º y final) y en cuanto a los parientes por naturaleza del adoptado expresa el a. 179, párr. final que "no conservarán ningún derecho..." y según la exposición de motivos, "los ascendientes y colaterales del adoptado no son llamados a la tutela legítima."

B) Tutela de los locos, sordomudos y sujetos a interdicción.-- Si el adoptado se encuentra en alguna de estas situaciones, la ley llama a la tutela:

1º. Al cónyuge no separado legalmente.

2º. Al padre y, en su caso, a la madre adoptantes.

3º. A los hijos, con preferencia del legítimo sobre el natural, del varón sobre la mujer y del mayor sobre el menor (aa. 220 y 230).

C) Tutela de los pródigos.-- Corresponde:

1º Al padre o madre adoptantes.

2º. Al mayor de los hijos varones emancipados (a. 227).

2. Adopción menos plena:

A) Tutela de los menores.-- Entran a desempeñarla sucesivamente, los parientes por naturaleza del adoptado que señala el a. 211. Si el adoptado es hijo ilegítimo no existen llamamientos (párr. final del a. 211).

B) Tutela de los locos, sordomudos e interdictos.- Corresponde:

- 1º. Al cónyuge no separado legalmente.
- 2º. Al padre y, en su caso, a la madre, con preferencia de los adoptantes sobre los padres por naturaleza.
- 3º. A los hijos, con preferencia del legítimo sobre el natural, del varón sobre la mujer y del mayor sobre el menor.
- 4º. A los parientes por naturaleza que señalan los cuatro números del a. 211 (a. 220).

C) Tutela de los pródigos.- Los llamados son:

- 1º El padre y, en su caso, la madre adoptantes.
- 2º El padre y, en su caso, la madre por naturaleza.
- 3º Los abuelos paterno y materno por naturaleza.
- 4º El mayor de los hijos varones emancipados (a. 227).

Las soluciones se ofrecían, en principio, al legislador para reglamentar la tutela legítima de los adoptados plenamente y ambas eran malas: llamar a los parientes del adoptado o a los parientes del adoptante. El inconveniente de la primera solución estaba en que con frecuencia resultarían desconocidos tales parientes y cuando no lo fuesen, es muy probable que tuviesen culpa en el abandono o en la exposición, así que poca o ninguna garantía ofrecían. La segunda solución quizá fuera peor, por la animadversión que en la mayoría de los casos sentirían dichos parientes del adoptante hacia el adoptado, en quien verían al intruso que les privaba de sus derechos. Por eso la solución adoptada ha sido, sin duda, acertada.

C) Tutela dativa.-

Los supuestos de la tutela dativa, así como los de designación judicial del consejo de familia, serán frecuentes en la adopción plena por el restringido número de los llamados a desempeñar la tutela legítima (ya hemos visto que se excluían los ascendientes y colaterales del adoptado), siempre que, natural-

mente, el adoptante no haya nombrado tutor testamentario. El legislador, dice la exposición de motivos, que ha excluido a los parientes del adoptado de los deberes o potestades que ordinariamente tendrían como tales parientes en la organización tutelar, no los ha excluido, sin embargo, de estos llamamientos supletorios, para los que en principio son hábiles todas las personas; en contemplación de las circunstancias de cada caso, tales llamamientos se harán con amplia libertad, eligiendo las personas que para ellas se consideren idóneas, ya pertenezcan a una u otra familia ya no formen parte de ninguna de las dos. De modo que aquí no existe diferencia entre las dos clases de adopción.

El mismo principio existente en orden a la tutela impera en materia de representación y defensa del ausente: adoptante y adoptado serán considerados como padre e hijo, pero los hijos legítimos y los naturales reconocidos, si existiesen, serán preferidos a los adoptivos. En su virtud, parece posible ~~asimilarel~~ adoptante y el adoptado a los parientes consanguíneos para instar la declaración de ausencia legal (a. 182, nº 2º), si bien casi siempre estarían incluidos en el párrafo final del citado artículo. Pero la asimilación a los parientes consanguíneos es conveniente porque estos, a diferencia de las otras personas a que se refiere el párrafo final del a. 182, tienen obligación de promover tal declaración. En el a. 184 habrá que incluir a los adoptados en el nº 2º, detrás de los hijos legítimos. Como quiera que este artº no llama a los hijos naturales reconocidos y el a. 174 los coloca antes que los adoptivos ¿quiere decirse que este artº ha modificado el 184? La respuesta ha de ser negativa, máxime teniendo en cuenta que este último también ha sido objeto de nueva regulación. Como hemos dicho con referencia a otros artículos, hubiera sido conveniente que el legislador los hubiese armonizado con los principios contenidos en los artículos concernientes a la adopción, para disipar toda clase de dudas que, de otro modo, son inevitables.

Los adoptados y adoptantes, en virtud de la asimilación a los "padres" o "hijos" (legítimos), están exentos de prestar garantía (a. 185, 2ª) y tienen los derechos establecidos en el párr. 1º del a. 186. De una vez para todas diremos que la dicción legal no es todo lo afortunada que debiera con esta declaración de paternidad, integrante posible de un "tertium genus" al lado de la filiación legítima y natural (que tienen preferencia) y de la ilegítima no natural (que se postone).

La regla general es que la adopción no motiva cambio de nacionalidad. A veces el legislador lo dice así expresamente, como en Alemania, Francia (295), Austria (L. de 1.925, a. 12), Japón (L. de 1.950), Rumania (L. de 1.924, a. 2ª; L. de 1.948, a. 8ª) y Yugoslavia (L. de 1.928, a. 46; tácitamente en la L. de 1.946). Otras, el silencio de la ley se interpreta, en virtud del principio tradicionalmente admitido del carácter restrictivo de las disposiciones sobre la nacionalidad, como excluyente de todo efecto de la adopción sobre la nacionalidad, interpretación que es válida para nuestro Derecho. No faltan países, como China (L. de 1.929, a. 2ª, párr. 4ª), Estonia (L. de 1.922, a. 2ª, párr. 6ª), Japón (L. de 1.899 y de 1.924, a. 5ª, párr. 4ª), Polonia (L. de 1.921, a. 8ª) e Irlanda (L. de 1.952, a. 25) que siguen o siguen el sistema contrario: el adoptado adquiere la nacionalidad del adoptante (296) y otras conceden, como Bélgica, el derecho de opción. No contribuyen ciertamente a evitar los delicados problemas que plantean estas adopciones mixtas algunas normas peculiares, como las del Derecho anglosajón cuyas leyes de 1.926 y 1939 exigen que el adoptante esté domiciliado en el Reino Unido. Los extranjeros residentes en el extranjero no pueden adoptar en Gran Bretaña, pero pueden ser autorizados, bajo ciertas condiciones, a llevar un muchacho inglés fuera del Reino Unido para adoptarlo en su país. En este caso, el adoptado conserva la nacionalidad inglesa, mientras que el extranjero adoptado por un ciudadano

británico adquiere esta nacionalidad (L. 1.949, a. 8^o). Téngase presente que para la aplicación de la ley inglesa Transfer of Children Abroad 1.939 y la de 1.950, las dos Irlandas son consideradas como países extranjeros. Estas legislaciones darán lugar a conflictos de leyes cuando el adoptado pertenezca a un estado que, como Suiza (Ley federal sobre adquisición y pérdida de la nacionalidad de 29 de setiembre de 1.952, a. 7^o), disponga que la adopción no entraña adquisición ni pérdida de la nacionalidad.

Este punto se relaciona con el ya tratado de si la extranjería constituye una prohibición para poder adoptar. El criterio restrictivo fué mantenido por la jurisprudencia francesa antes de la L. de 19 de junio de 1.923 que permitió expresamente tales adopciones, considerando que la adopción era un derecho civil stricto sensu, en el sentido del a. 11 del C. c. y, por lo mismo, reservado a los franceses (297).

En nuestra Patria, tanto antes como después de la reforma, se admite que la adopción, por sí sola, no supone pérdida ni adquisición de la nacionalidad española. Tal solución se desprende de la L. de 17 de julio de 1.954, cuyo a. 20, párr. 3^o concede la facultad de solicitar la adquisición de la nacionalidad española a "los extranjeros adoptados durante su menor edad por españoles", en el caso de haber residido en España durante dos años (298), por lo que es evidente que la adopción no los hizo españoles. Paralelamente, habrá que entenderse que la adopción de un español por un extranjero no hace perder al primero su nacionalidad española. Por otra parte, la adopción no se enumera entre los supuestos de pérdida de la nacionalidad (298 bis). Si se admitiese que la adopción influye sobre la nacionalidad, se abriría la puerta al fraude y cualquier extranjero podría sortear los requisitos de la naturalización con solo encontrar alguien que lo adoptara; esto no debe llevarnos, sin embargo, a dar por bueno el criterio de la Dirección General de los Registros cuando, en resolución de 19 de junio de 1.923, dice que

si la adopción "implicara cambio de nacionalidad, vendría a constituir este procedimiento una forma subrepticia de eximirse de su nacionalidad" y que "dadas las restricciones actuales para la concesión de nacionalidad, solo se podría acceder a lo solicitado (adopción) si reúnen las condiciones para adquirir la nacionalidad por vecindad o la adquieren por carta de naturaleza", con lo que cual viene la Dirección a establecer para la adopción unos requisitos que la ley no exige.

Ahora bien, como el adoptado se encuentra sometido a la patria potestad del adoptante, parece que si éste pierde la nacionalidad española aquél la perderá igualmente siempre que le corresponda adquirir la de su adoptante (a. 23, nº 5º); pero, una vez extinguida la patria potestad, tiene derecho a recuperar la nacionalidad española mediante el ejercicio de la opción regulada en el a. 18 (a. 23 párr. 2º). De modo análogo, el español adoptado por un extranjero no perderá su nacionalidad cuando su adoptante adquiera otra en la que exista el régimen de doble nacionalidad, a tenor del a. 22, párrs. 4º y 5º. Esta doctrina puede aplicarse también, mutatis mutandis, al extranjero adoptado por un español.

Los delicados problemas que plantean las adopciones mixtas (es decir, cuando adoptante y adoptado tienen distinta nacionalidad) pueden reducirse, en una apretada síntesis a dos grandes grupos: conflictos entre sus respectivos estatutos y conflictos de orden público, que puede verse afectado por la adopción.

Sabido es que en Derecho Internacional privado, salvo convenio internacional, las materias relativas al estado y capacidad de las personas se rigen por la ley personal de los interesados, principio reconocido en el a. 9 de nuestro C. c. La jurisprudencia dominante se pronuncia a favor de la ley del adoptado como la que ha de reglar los requisitos de fondo de la adopción, por la doble razón de que el estado que se encuentra en juego es el del adoptado y, por lo mismo, es su interés el que debe tomarse en consideración, siendo lógico presumir que su ley personal será la que más favorezca este

particular interés (299). No han faltado autores, como Niboyet (300), que han defendido la aplicación de su respectiva ley nacional siempre que una de las partes (adoptante o adoptado) tenga esa nacionalidad. Para el citado profesor debe regir la ley francesa desde el momento en que una de las partes posea esta nacionalidad. Si se admite esta tesis resultará fácilmente que habrá de aplicarse un doble estatuto (criterio cumulativo), pues no es fácil que el otro Estado interesado renuncie a aplicar el suyo. Por otra parte, siempre que esté interesado un francés, se permitirán las legitimaciones adoptivas, aunque la legislación del otro país desconozca esta clase de adopción (301). Y se pregunta: ¿Qué efectos surtiría en este una institución desconocida legalmente? Teniendo esto en cuenta, no es de extrañar que el Tribunal civil del Sena haya mantenido una jurisprudencia, hoy ya abandonada, en el sentido de que un francés no podía ser legitimado adoptivamente por un extranjero cuya ley nacional no conoce esta institución, ya que por ser el adoptante extranjero no podría ser sometido a las obligaciones previstas por la legislación francesa (S. de 16 de enero de 1.947, recogida en la Revue critique de Dr. int. priv. 1.947, p. 302). Algunas legislaciones dedican normas especiales a resolver tales conflictos de leyes. Así, a tenor del a. 22 de la ley de introducción alemana, la adopción se rige por la ley alemana cuando el adoptante goza de esta nacionalidad en el momento de llevarse a cabo, mientras que si el adoptante es extranjero y el adoptado alemán, deben observarse los requisitos establecidos por la ley alemana en cuanto al consentimiento del adoptado y de sus parientes.

Otros problemas se derivan de las necesidades de orden público (a. 11, párr. 2º del C. c.). Un extranjero, adoptado por el cónyuge, como le permitía su ley nacional, en una época en que ya tenía hijos legítimos, no puede valerse de su calidad de hijo adoptivo para reclamar derechos sucesorios en los inmuebles que el adoptante tuviese en España: tal adopción, por ser contraria a la

prohibición del a. 174, n.º 2º del C. o., no puede surtir efecto en nuestra Patria en cuanto a la entrega al adoptado de dichos bienes inmuebles (302).

Los requisitos de forma se rigen por la norma "locus regit actus", recogida en el a. 11, párr. 1º del C. o., con la posible aplicación del párr. 2º de dicho artículo (303). No hay que el sin embargo, que ciertos requisitos que aparentemente son de forma no pueden separarse de los de fondo, por lo que el tratamiento ha de ser igual al que estos reciban.

De modo análogo a lo que sucede con la nacionalidad, se plantea la cuestión de si influye la adopción en el cambio de vecindad civil. A falta de declaración legal expresa, y por parecidas razones a las expuestas en otros lugares de esta obra, no parece que la adopción menos plena pueda llegar a modificar el estatuto personal, con las graves consecuencias que entraña para las relaciones familiares y el derecho sucesorio (aa. 10 y 14). Por el contrario, la adopción plena, que determina la ruptura de los vínculos del adoptado con su familia natural y su equiparación a una categoría de los hijos del adoptante, produce el efecto de que el así adoptado seguirá la condición de su padre adoptivo en lo relativo a la vecindad civil (a. 15), pues conviene mantener la unidad del estatuto familiar (303 bis).

Además de los efectos que hemos expuesto, la adopción produce otros varios que se establecen en leyes especiales. Así, la Ley del Impuesto sobre Derechos Reales, de 21 de marzo de 1.938, saliendo al paso del posible fraude, establece la siguiente limitación en el n.º 32 de su Tarifa: "La adopción solo tendrá consideración fiscal en el caso de que recaiga sobre persona que sea menor de treinta años de edad al tiempo de ser adoptada". En cuanto al tipo impositivo que se aplica a las transmisiones hereditarias en favor de hijos e descendientes adoptivos, solo resulta favora-

ble en consideración al que se aplica a los ascendientes o descendientes por afinidad y a los colaterales. El a. 31, n° 22 del Reglamento, de 15 de enero de 1.959 amplía la dicción legal, estableciendo: "Las transmisiones sucesorias a favor de ascendientes y descendientes por adopción se liquidarán con arreglo a su cuantía y escala de tributación n° 32 de la Tarifa, cuando se tratase de personas que al tiempo de ser adoptada, tuviere menos de treinta años de edad. En otro caso, tributarán por escala de herencias entre personas extrañas, salvo que por razón de parentesco le corresponda otra menor"; y el a. 54, apartado 3° dispone: "El parentesco por adopción solo tendrá consideración fiscal cuando recaiga sobre persona que sea menor de 30 años de edad al tiempo de ser adoptada. Los parientes del adoptante respecto al adoptado y los de este respecto a aquel se considerarán extraños a todos los efectos del impuesto."

La ley de arrendamientos urbanos de fecha 13 de abril de 1.956 concede que "al fallecimiento del inquilino, titular del contrato de arrendamiento, su cónyuge, descendientes, hijos adoptivos que hubieran sido adoptados antes de cumplir los 18 años, ascendientes y hermanos, tanto en el parentesco legítimo como en el natural, que con aquel hubiesen convivido habitualmente en la vivienda con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento, podrán subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento. No será necesaria la convivencia de los que estuvieren sometidos a la potestad del fallecido, y respecto al cónyuge, bastará la mera convivencia, sin exigencia de plazo de antelación." Estima Condomines comentando esta disposición (303 bis), que "nunca con fusamente, parece que los alcanza el requisito de convivencia con dos años de antelación al fallecimiento, puesto que la excepción se refiere a los que estuviesen "sometidos a la potestad del fallecido (a. 58)." Pero tal solución no puede ser absoluta, pues es posible que, por ser menor de edad y no emancipado, el adoptado "estuviere sometido a la potestad del fallecido."

En las leyes laborales también encontramos disposiciones relativas a la adopción. El Reglamento del Seguro de Enfermedad, promulgado por D. de 11 de noviembre de 1.943, incluye entre los beneficiarios a los descendientes e hijos adoptivos; la O. de 29 de

marzo de 1.946 sobre plus de cargas familiares equipara al hijo adoptivo al legítimo o al legitimado; y el texto refundido de la Ley de Accidentes de Trabajo, aprobado por D. de 22 de junio de 1.936, establece que tendrán la condición de beneficiarios del obrero que falleciere como consecuencia de accidente de trabajo los descendientes menores de 18 años o inútiles para el trabajo, asimilando a aquellos los hermanos de la víctima y los adoptos o acogidos por ella en las mismas condiciones de edad e inutilidad.

El Reglamento de reclutamiento y reemplazo del Ejército de 6 de abril de 1.943 manifiesta que "el expósito o huérfano de padre y madre que mantenga a la persona que le crió y educó, habiéndole conservado en su compañía sin retribución alguna, desde la edad de tres años, siempre que en esta persona concorra la circunstancia de ser pobre e inútil para el trabajo o sexagenaria" puede excusarse de la prestación del servicio militar activo.

De una manera general, la adopción no puede producir sus efectos sino desde el momento en que se han cumplido todos los requisitos legales, como recuerda el a. 359 del C. c. belga. Pero aquí se manifiesta, una vez más, el conflicto latente entre las tendencias conceptuales de la adopción.

Las legislaciones que permanecen fieles a la noción puramente contractual de la adopción consideran que comienza a producir sus efectos desde el momento en que se ha otorgado la escritura correspondiente, como establecen los Códigos belga de 1.889⁽³⁰¹⁾ (a. 36), colombiano (a. 281), venezolano (a. 277) y otros. Por el contrario, las legislaciones que pretenden restituir a la adopción su antiguo carácter de acto público o, para hablar en términos publi

cistas, la consideran como acto-condición, no conceden plena eficacia a la adopción mas que a partir del momento en que ha recibido la correspondiente sanción de la autoridad competente y se han cumplido todas las formalidades exigidas por la ley. Esta regla se encuentra en los Códigos alemán (parágr. 1.754 (305), italiano de 1.942 (a. 298) (306), francés (a. 365) (307), alemán de 1.937 (a. 171), mejicano de 1.928 (a. 400), rumano de 1.939 (a. 246) y en la ley checoslovaca de 1.928 (a. 10).

Nuestro Código no contiene una regla concreta sobre el particular, pues el párr. final del a. 176 se limita a declarar la nulidad de la adopción en la que no se hayan cumplido los requisitos legales. No obstante, puede aplicarse la distinción entre momento a partir del cual la adopción produce efecto entre las partes, de tal modo que estas no puedan volverse atrás, y momento a partir del cual se producen para los terceros, en el bien entendido de que solo son aquí "partes" el adoptante y el adoptado, y "terceros" todas las demás personas, incluso los padres del adoptando menor o incapaz llamados a dar su consentimiento (308). Pues bien: los efectos entre las partes parece que deben comenzar a partir de la aprobación judicial de la adopción (309). Si llega a otorgarse escritura no hay problema, ya que incluso admitiendo que los efectos comenzasen a partir de este momento no habría dificultad en retrotraerlos al de la aprobación judicial (piénsese que se trata solo de efectos entre partes). El problema se plantea o puede plantearse en las llamadas por la doctrina adopciones póstumas, es decir, las verificadas después de fallecido el adoptante, bien si este muere antes de la aprobación judicial, bien si fallece en el momento que media entre la aprobación judicial de la adopción y el otorgamiento de la escritura, es decir, sin haberse llenado esta formalidad. ¿Producirá efectos en este caso la adopción? ¿Puede la voluntad judicial sustituir a la del adoptante, mejor dicho, sustituir la declaración o manifestación de esta voluntad y otorgar la correspondiente escritura? Aún reconociendo la fuerza del a. 1.831 de la L.E.C. cree

mos que los argumentos favorables inclinan a la afirmativa:

1. En efecto, el Código habla de nulidad si no se han observado los requisitos del a. 176, pero el 177 no sanciona con igual rigor la falta de escritura, sin duda porque esta es un medio para la inscripción y la inscripción afecta a terceros, no a derechos de las partes.

2. El a. 177 manifiesta que se expresarán en la escritura las condiciones en que ~~se haya hecho~~ la adopción; por tanto, si ya se ha hecho es que la adopción existe con anterioridad a la escritura y lo que existe produce efectos.

3. El testimonio judicial de la resolución recaída es el documento que sirve de base a la escritura y este puede librarse aunque haya fallecido el adoptante (a. 1.831 de la L.E.C.).

4. El a. 1.279 podría aplicarse a base de reconocer el rastro de un cierto elemento contractual en la adopción.

5. Debe acudirse a la solución más favorable al adoptado.

6. Argumentos de Derecho comparado: el a. 366 del C. c. francés manifiesta que si el adoptante fallece después que el acta constatando la voluntad de formar el contrato de adopción ha sido recibida y de haberse presentado al tribunal civil la solicitud a fines de homologación, debe continuarse la instrucción y admitirse la adopción, si ha lugar a la misma. En este caso produce sus efectos en el momento de la muerte del adoptante. El párr. 2º de este artículo concede a los herederos del adoptante el derecho de enviar al fiscal, cuando estimen inadmisibles la adopción, todas las memorias y observaciones concernientes a este extremo. Aunque el sistema francés difiere del nuestro (en este la autorización judicial es previa) lo importante es constatar la voluntad de adoptar y las condiciones en que el adoptante quería llevar a cabo la adopción, cosa perfectamente posible en este supuesto. El párr. 3º del a. 298 del C. c. italiano declara que si el adoptante fallece después de haber prestado el consentimiento y antes de la resolución judicial, puede llevarse a cabo la adopción que, si es

aprobada, produce efectos desde la muerte del adoptante, y reconoce a los presuntos herederos del adoptante la misma facultad que el C. o. francés. El a. 1753 del B.C.B. dispone: "La confirmación del contrato de adopción no puede realizarse después de la muerte del hijo a adoptar.- Después de la muerte del adoptante la confirmación solo es admisible si el adoptante o el hijo a adoptar han cursado la petición de confirmación ante el Tribunal competente, o si en el momento o después de la documentación judicial o notarial del contrato han confiado la presentación al Tribunal o al notario.- La confirmación realizada después de la muerte del adoptante tiene los mismos efectos que si se hubiese realizado antes de su muerte."

La solución parecida a las expuestas, que pudiera adoptarse en nuestro Derecho, tiene el inconveniente de suponer un portillo abierto al fraude fiscal, a menos que se reforme esta legislación.

La adopción comienza a producir sus efectos respecto a terceros a partir de la inscripción en el Registro, si bien las legislaciones extranjeras citadas derogan esta regla general en el caso de la adopción póstuma, cuyos efectos corren desde la muerte del adoptante.

A la citada regla general se puede objetar que no se ve muy clara la razón por la cual deban comenzar los efectos respecto a terceros a partir de la inscripción, puesto que el Registro civil no está llamado, en esta caso, a desempeñar primordialmente una función publicitaria, dado que se pretende conservar el secreto de la adopción. Se puede contestar que si bien esto es cierto como regla general, el sigilo desaparece cuando el tercero justifica tener un interés legítimo y razón fundada, aparte de que el hecho, más o menos encubierto, siempre estará allí. La citada objeción pierde toda su fuerza respecto a la adopción menos plena en que el secreto no es tan celosamente guardado.

QUARTA PARTE

EXTINCION DE LA ADOPCION

CAPITULO I

SUMARIO .- Extinción de la adopción.- 1. Distinción entre los distintos supuestos: A) Nulidad: a) Derecho extranjero; b) Legislación española; c) La extinción de la patria potestad del adoptante ¿entraña la extinción de la adopción?; d) Otros supuestos especiales.- B) Revocación: a) Ideas generales; b) Principio fundamental: irrevocabilidad de la adopción; c) Clases de revocación.

Tradicionalmente se viene reduciendo el estudio de la extinción de la adopción al de su revocación. Pero sin admitiendo la importancia de esta causa de extinción, no puede desconocerse que es una especie de un concepto más general, a saber, de los modos de extinción de la adopción o, como dice un autor (310), de "las situaciones finales" en la misma. Por eso su estudio ha de formar parte de otro más amplio, el de las causas de extinción de la adopción. Antes de entrar en materia conviene advertir que la terminología, tanto legal como doctrinal, adolece de imprecisión. Nosotros creemos que debe distinguirse entre: a) Inexistencia o nulidad absoluta; b) anulabilidad o nulidad relativa; c) impugna-

ción y d) revocación. Este criterio se encuentra compartido, si- quiera sea parcialmente, por la generalidad de los autores. Así, Sánchez Román nos dice: "Una cosa es la nulidad de la adopción y otra su impugnación. La primera no la regula el Código civil ex- presamente y la segunda sí, en el a. 180 (311). Josserrand se cuida de distinguir entre la nulidad absoluta, la relativa y la revoca- ción por las causas que, respectivamente, las originan (312). En parecido sentido se orienta Baudrie-Lacantinerie (313) que distin- gue las dos clases de nulidad, mientras que Enneccerus, Kipp y Wolf (314) distinguen la nulidad, la impugnación y la revocación, estudiando dentro de esta la revocación contractual. Colin y Cap- tant diferencian la nulidad absoluta de la relativa (315). Manre- sa se ocupa de las acciones de impugnación (316) cometando el an- terior a. 180 y lo propio hace Musius Scaevola (317) así como Puig Pena (318), el cual distingue las causas de destrucción o desvalo- rización del lazo adoptivo a virtud de la extinción de la patria por testad del adoptante, de las que originan la nulidad absoluta o re- lativa y de los supuestos que permiten su impugnación. Como vemos, ninguno de estos autores ni otros que pudiéramos citar, llega a las últimas consecuencias en las distinciones. Esta falta de ri- gor terminológico tiene, en realidad, menos importancia práctica de la que pudiera creerse a primera vista, pues naciendo a veces de la misma impropiedad legislativa, que llaman de una manera a lo que otras legislaciones designan con otro nombre, se cuidan, sin embargo, de precisar con la mayor exactitud (por regla gene- ral) los supuestos que dan lugar a cada especie de extinción, re- sumidas, según el criterio adoptado, en alguna de las rúbricas enunciadas. La mayoría de las legislaciones siguen una de estas dos tendencias: o se refieren a la revocación o a la impugnación de la adopción. Y a menudo coinciden los supuestos, aunque se de- signen con distinto nombre. Nosotros, sin embargo, distinguiremos todos ellos, pues existen ciertas diferencias. La relativa a la

mulidad y la revocación estriba en la que la primera tiene su origen en la falta de ciertos requisitos o en hechos anteriores o concomitantes a la adopción, en tanto que la revocación procede por causas posteriores. Por otra parte, la adopción, acto para cuya formación exige la ley requisitos especiales, puede ser anulada si no se han observado estos, con independencia de que sea favorable o perjudicial para las partes. Ciertas legislaciones, como la china, reglamentan minuciosamente esta nulidad (319). La muestra se limita a establecer: "Será nula la adopción en que no se cumplan estos requisitos (a. 176, párr. final). El Tribunal de Apelación de Hamburgo anuló, en S. de 30 de octubre de 1.903, una adopción cuya única finalidad era permitir al adoptado cambiar de nombre (320). Aquí no hay, en realidad más que una aplicación de la noción de fraude a la ley, que puede ir enlazada con una simulación. En buenos principios, las acciones de nulidad absoluta podrán ser ejercitadas por cualquier persona; las de nulidad relativa, solo por los interesados.

Que la impugnación es algo diferente de la revocación nos lo indica que las mismas legislaciones que establecen el principio de irrevocabilidad de la adopción, admiten su impugnación. Pudiera argumentarse que esta es, precisamente, una excepción al citado principio y, por consecuencia, que toda impugnación entraña una revocación. La diferencia se observa, sin embargo, al comparar los artículos que regulan la revocación de las donaciones con nuestro a. 175 que regula la impugnación de la adopción. Las acciones de revocación suelen ser personalísimas (a lo sumo se extienden a los herederos o descendientes) en tanto que las de impugnación se conceden a quienes, como los padres del expósito o abandonado, no han sido parte en la adopción, además de al Ministerio fiscal. La impugnación carece, por otra parte, de los efectos retroactivos que pueden acompañar a la revocación.

En resumen, las clases de acciones que, en principio, se pue-

den ejercitar en la adopción, son: 1. acciones de nulidad o anulabilidad; 2. idem. de impugnación; 3. idem. de revocación.

1. Nulidad de la adopción.— Se ha discutido, en ocasiones, si la adopción puede ser atacada por una acción de nulidad. La doctrina tradicional se inclina por la afirmativa; quienes sostienen la contraria se basan en que el control judicial subsana cualquier posible defecto (parág. 1.756 del B.G.B.) y no faltan quienes, como Duvergier (321), invoquen la autoridad de la cosa juzgada. Pero tal punto de vista, a falta de disposición expresa, no es admisible en nuestro Derecho. Para admitir la nulidad de la adopción no es preciso apoyarse en la posible base contractual de la institución: el matrimonio no es solo un contrato y, sin embargo, se admite su nulidad. Admitida la nulidad de la adopción queda por examinar de que clase puede ser y las causas que la pueden originar.

Las legislaciones no suelen detallar la regulación de los supuestos de nulidad, por lo que se debe acudir a las reglas generales. Sobre este punto, así como en la admisión de las dos clases de nulidad —absoluta y relativa— se muestran de acuerdo los tratadistas (322). En cambio, al señalar las causas que pueden dar lugar a una y otra especie, existen diversas opiniones: la falta de consentimiento de las partes la consideran la mayoría como causa de nulidad absoluta (v. gr.: Aubry et Rau, Demante, Demolombe, Baudry-Lacantinerie), mientras que para Jossierand lo es de nulidad relativa, citando en su apoyo la S. de 14 de junio de 1.896 (D.P.1828.2. 1) y el profesor Hue se cuida de distinguir, diciendo que si el consentimiento que falta es el del cónyuge del adoptante la nulidad es relativa. Los vicios del consentimiento son considerados por dichos autores como causas de nulidad relativa. Jossierand considera que procede la nulidad absoluta cuando el orden público está en juego o no se han observado los requisitos formales exigidos por la ley, lo mismo que estiman Colin et Capitant, salvo para el defecto de plazo. En todo caso, según ellos y la S. del Tribunal de Montpellier

de 9 de mayo de 1.882 (s. 84.2.158), una vez pronunciada la configuración, cubre toda irregularidad. El defecto de competencia del juez de paz es solo causa de nulidad absoluta si hubo intención de fraude (Req. de 13 de junio de 1.874, D.P. 74.1.478; S. 75.1.63), considerando los autores últimamente citados la falta de consentimiento del cónyuge del adoptado como causa de nulidad relativa, del mismo modo que el de los padres del adoptado y los vicios del consentimiento (323).

Según nuestro Derecho creemos que serán causas de nulidad absoluta:

1. La falta de consentimiento de las partes (a. 176 párr. 1º en relación con el a. 1261) ¿Y si falta el consentimiento de las otras personas mencionadas en el a. 176? En cuanto integrante de los requisitos formales señalados en dicho artículo, entran en la declaración del párrafo final del mismo; pero como este se limita a declarar la nulidad, sin decir de que clase sea, parece queda abierta la interpretación, a la que no repugna ciertamente conceder al consentimiento de estas personas un diferente tratamiento al de las partes y, en consecuencia, considerar su falta como causa de anulabilidad (324). Contra esta solución, Puig Peña se inclina a considerar la falta del consentimiento del cónyuge del adoptado como causa de nulidad absoluta. En cambio no hay duda que sí será de esta clase la del cónyuge del adoptante (a. 173 en relación con el párr. 1º del a. 4º del C. o.).

2. La adopción verificada en contra de alguna de las prohibiciones del a. 173.

3. La falta de alguno de los requisitos de fondo de la adopción (a. 173, párr. 1º); La doctrina francesa se encuentra dividida en este punto: mientras la mayoría de los autores (Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie, Hue, Duranton, Laurent, Marcadé, etc.) estima que la violación de cualquiera de estos requisitos da lugar a la nulidad, es decir, todos ellos gozan del mismo rango, otros, en su mayor número, como Demante y Demolombe, distinguen entre "requisitos

sustanciales" y "no sustanciales": solo la falta de los primeros da lugar a la nulidad; si faltan los segundos, el tribunal debe rehusar la homologación, pero si la concede no puede atacarse la adopción por tal motivo, lo que sucede, v. gr.: con la conveniencia de la adopción para el adoptado, en cuya apreciación gana el tribunal de libertad. Se aplica aquí, según dichos autores, la diferencia entre impedimentos dirimentes e impedientes (325).

4. La inobservancia de la forma en la fase judicial, con la salvedad entedicha (a. 176, párr. último).

5. La falta de causa, su falsedad o ilicitud, en cuyo supuesto se engloban los motivos inmorales que van desde el torpe deseo libidinoso hasta el fraude fiscal o el deseo de lucro, v. g.: para obtener la administración de los bienes del adoptado (326), si bien tales supuestos serán de difícil prueba. En estos casos, el culpable carece, desde luego, de acción.

6. Los supuestos de simulación absoluta.

Son, por el contrario, causas de nulidad relativas:

1º. Los vicios del consentimiento sufridos por las personas llamadas a prestarlo (error, violencia, intimidación o dolo).

2º. La falta de consentimiento del cónyuge del adoptado y de las personas que no sean parte en la adopción.

3º. La falta de escritura pública.

¿Qué pasará si el padre por naturaleza que ha sido privado de la patria potestad lo oculta y presta su consentimiento? A primera vista parece que la adopción será nula absolutamente (arg. S. de 22 de marzo de 1.924), pero a la vista de la S. de 12 de enero de 1.901 (referente al contrato celebrado por una madre a nombre de sus hijos respecto de los cuales había perdido la patria potestad) puede sostenerse lo contrario.

Antes de estudiar la impugnación y la revocación de la adopción interesa hacer referencia a algunos supuestos de extinción de carácter especial. Puig Peña agrupa bajo el título de "destrug

ción o desvalorización del lazo adoptivo a virtud de la extinción de la patria potestad del adoptante" (327) las siguientes causas:

1. Extinción propiamente dicha (sin culpabilidad del adoptante): a) muerte del adoptado; b) muerte del adoptante; c) emancipación del adoptado.

2. Privación de la patria potestad por culpa del adoptante:

a) privación extrajudicial de la patria potestad: a. 168, que debe aplicarse restrictivamente;

b) privación de la patria potestad por declaración judic

a') por los tribunales de lo criminal, bien por procedimiento directo en los delitos contra la honestidad, la familia y otros, bien en virtud de consecuencia derivada de la aplicación de ciertas penas (v. gr.: reclusión mayor);

b') por los tribunales civiles, en virtud del a. 169 o del a. 171 del C. c.

Estimamos correcto el cuadro transcrito en cuanto se refiere a la privación de la patria potestad. Ahora bien, pretender que de esta privación se derive la extinción de la adopción, no lo admitimos. ¿Qué artículo del Código civil o de ley especial dice que extinguida la patria potestad se extingue también la adopción? El citado autor ha confundido la extinción de la adopción con la extinción de la patria potestad. Cuando se extingue la primera se extingue también la segunda, que es un efecto o consecuencia de pero no sucede lo mismo en el caso inverse. Por otra parte (clare que esto no podía tenerlo en cuenta, pues su estudio es anterior a la reforma) si la adopción produce efectos en relación con los descendientes del adoptado, dicho está que perdura aún fallecido este. El fallecimiento del adoptante tampoco extingue la adopción, pues precisamente el adoptado tiene derecho a sucederle y a continuar llevando el apellido del difunto (328). De modo que no cabe hablar de "destrucción del lazo adoptivo a virtud de extinción de la patria potestad del adoptante". Más correcta es la ley costarricense de 1º de agosto de 1.934 (a. 34) que considera como ca-

sos de suspensión de los derechos del adoptante aquellos de suspensión de la patria potestad, en los cuales subsiste la obligación alimenticia a cargo del adoptante. Según otras legislaciones, el matrimonio entre adoptante y adoptado pone fin a la adopción (Grecia, a. 1.588, Islandia, a. 19, Italia, a. 310, etc.) y la misma consecuencia tiene el reconocimiento de la paternidad por el propio adoptante respecto al adoptado (v. gr.: Hungría, a. 54, Italia, a. 310).

2. Revocación de la adopción.— El Derecho a recorrido un camino de vaivén en este punto. El Derecho romano autorizaba ampliamente la revocación de la adopción, como manifestación del poder del paterfamilias. El Código Napoleón no contenía ninguna posible causa de revocación, por lo que la doctrina (329) y el Consejo de Estado (330) la consideraron irrevocable. Este criterio, sin embargo, no fué seguido por la generalidad de las legislaciones del siglo pasado que, fieles a la concepción contractual, admitieron la revocación por mutuo disenso, manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes, favorecida por la desconfianza hacia la institución. Hoy día vuelve a predominar el principio de la irrevocabilidad y las legislaciones que establecen excepciones al mismo lo hacen para obtener un control más eficaz y favorecer al adoptado (a esto puede servir la impugnación autorizada en el n.º 1.º de nuestro a. 175, sobre todo la llevada a cabo por el Ministerio fiscal) al mismo tiempo que la consideran como un posible medio de reparar excesos o corregir posibles errores. Aún así, la revocación no está universalmente admitida. El Código boliviano de 1.831, la ley irlandesa de 1.952, las legislaciones de Luxemburgo, Mónaco y Puerto Rico no prevén la revocación. En el Canadá (salvo en Quebec) la adopción es irrevocable. Idéntico carácter ofrecía en el Sved Zakonov ruso de 1832. La ley uruguaya de 20 de noviembre de 1.945 permite la revocación de la adopción ordinaria, pero no de la legitimación adoptiva que, al igual de lo que sucede en el Código fran-

cós, es irrevocable. En los EE. UU. la adopción es, por lo general, irrevocable, variando los detalles: mientras en unos Estados la irrevocabilidad se manifiesta a partir de la aprobación definitiva, en otros goza del mismo carácter aunque el tribunal que la aprobó haya sido incompetente o el procedimiento irregular, una vez transcurrido un breve plazo, que en Maryland, por ejemplo, es de un año. La ley belga de 1.940 ha admitido la revocación a pesar del desfavorable informe del Comité Permanente del Consejo de Legislación, el cual argumentaba que "autorizar la revocación de la adopción implicaría frecuentemente permitir tristes chantajes y comprometer los mismos efectos de la institución"(331). Lo cierto es que las legislaciones modernas, sin dejar de establecer el principio de irrevocabilidad, admiten excepciones cada vez más numerosas al mismo (332), salvo la Adoption of Children Act 1.926 inglesa y el restante Derecho anglosajón inspirado en ella, que desconocen la revocación. Bien es verdad que la excepción es más aparente que real, pues el juez puede insertar en la escritura las cláusulas que estime convenientes. Se nota también la tendencia a que el control preventivo sustituya al verificado "a posteriori" por la revocación: la ley inglesa de 1.939 ha reforzado el sistema de garantías estableciendo prohibiciones sancionadas penalmente y la ley alemana de 23 de noviembre de 1.933, estableciendo la posibilidad temporal de revisar las adopciones anteriores, no organizó de modo permanente un sistema de revocación judicial de las adopciones sucesivas, porque este control "a posteriori" resultaba en gran parte inútil, a menos en la medida en que el interés público, tal como lo consideraba la nueva ley, se encontraba en juego, ya que el parag. 1.754 del B.G. B., reformado especialmente, concede al juez encargado de homologar la adopción, en lo sucesivo, un poder discrecional para rehusar la aprobación cuando existan graves razones en contra del establecimiento del vínculo adoptivo entre las partes.

Se conocen, hablando en sentido amplio y tal como las regulan las legislaciones, las siguientes variedades de revocación:

1º. Revocación contractual o por mutuo disenso: Alemania, Argentina, Austria, Brasil, Bulgaria, Chile, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Japón, Méjico, Salvador, Suiza, Venezuela y Yugoslavia, si bien el tipo contractual puro tan solo se encuentra en Austria y Brasil.

2º. Revocación legal, cuando establece la misma ley que en un caso determinado la adopción cesa, de pleno derecho, de producir efectos y se extingue: Alemania, Argentina, Colombia, Costa Rica, Grecia, Guatemala, Islandia, Panamá, Portugal (Proyecto), Rumania, Suiza e Italia.

3º. Revocación judicial, que se diferencia de la anterior en que la adopción no se extingue de pleno derecho, sino en virtud de una decisión del órgano competente, por regla general el mismo al que corresponde la homologación: Alemania, Australia (Victoria y Australia Meridional), Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá (Quebec), Checoslovaquia, Chile, Ecuador, Francia, Grecia, Guatemala, Holanda, Hungría, Islandia, Italia, Japón, Méjico, Noruega, Panamá, Perú, Polonia, Portugal (Proy.), Salvador, Suecia, Suiza, Turquía, Unión Sudafricana, Uruguay.

4º. La revocación administrativa es una especie de la anterior y se llama así por que la facultad de revocar corresponde a un órgano administrativo, que por regla general es el tutelar, como sucede en la mayoría de los países comunistas (U.R.S.S., Hungría, Rumania...) o bien la Suprema Autoridad ministerial, como en Islandia, donde incumbe al Ministro de Justicia (333) o en el Estado australiano de Queensland, en el que el Governor in Council puede revocarla discrecionalmente, quedando las partes en la situación anterior a la adopción (de donde, en principio, tiene efectos retroactivos), salvo los actos legalmente ejecutados y los derechos adquiridos, que son válidos y subsisten.

5º. La revocación unilateral es la efectuada por la voluntad del adoptado, sin ^{2º} necesidad de que concorra justa causa alguna, sino pura y simplemente en el ejercicio de la facultad conferida por la ley. Es evidente que resulta injusto reconocer este derecho solo al adoptado y no al adoptante, máxime teniendo en cuenta que a la edad en que suele permitirse su ejercicio ya se encuentra aquél en situación de valerse por sí mismo, mientras que es entonces cuando seguramente necesita el adoptante los cuidados que pudiera prestarle el adoptado. Por eso son escasas las legislaciones que concedan este derecho al adoptado: Argentina, Guatemala, Cuba (a. 180), Holanda (a. 344 n), Méjico (a. 394), Perú (a. 341), Rumania (era la única causa de revocación admitida en el Código civil de 1.864 y la conserva el a. 301 del actual), Chile y Salvador por voluntad del adoptado durante el año siguiente a la cesación de su incapacidad y Brasil establece (a. 373 del C. c.) que el adoptado durante su minoridad o su interdicción civil podrá romper el vínculo adoptivo en el año siguiente a la cesación de su minoridad o interdicción, mientras que el a. 183 del C. c. panameño se contenta con la renuncia unilateral del adoptado, qui si es menor, debe obtener el consentimiento de las personas que han concurrido a su adopción.

C A P I T U L O I I

SUMARIO.- Clases de revocación (Continuación).- A) Consideración especial de la revocación contractual, legal y judicial: a') sistema del "numerus clausus"; b') Id. del "numerus apertus"; c') personas que pueden pedir la revocación.- C) Impugnación de la adopción: a) Legislaciones extranjeras; b) Derecho español: a') importancia de las acciones de impugnación; b') su naturaleza; c') personas legitimadas; d') prescripción; e') efectos de la extinción.- D) Disposiciones transitorias.

De todas las clases de revocación mencionadas en el capítulo anterior las más importantes por su difusión son las tres primeras, por lo que tan solo sobre ellas expondremos algunas ideas que nos servirán de guía en el estudio que luego hagamos con referencia a nuestro Derecho.

La revocación contractual no presenta dificultades cuando las partes poseen la plena capacidad civil. Mas cuando esto no sucede es preciso sujetar la revocación al cumplimiento de ciertos requisitos, que actúan como garantías. Lo más frecuente es exigir el consentimiento de las personas que concurrieron a la adopción que se pretende revocar (334). Algunas legislaciones van más lejos y requieren la autorización judicial o la del tribunal de tutelas (335). Como caso extremo, otras, como la alemana, exi-

gen en todo caso la confirmación de la autoridad judicial (336), si bien el control se limita a investigar si se han cumplido las condiciones legalmente previstas para la revocación. En todos estos casos hay que tener en cuenta que la revocación contractual no supone derogación de la regla según la cual la adopción no puede someterse por las partes a término ni condición (parág. 1.742 del B.G.B., aa. 1.575 C. c. griego de 1.940, 267 C. c. venezolano de 1.922, 168 C. c. letón de 1.937, etc.), sino que deriva, pura y simplemente, del acuerdo de las partes posterior a la adopción, reconocido por la ley como eficaz en este sentido. De modo que quiebra aquí toda posible analogía con los contratos privados. Esta clase de revocación goza de gran predicamento en la doctrina alemana que admite unánimemente la supresión de la adopción por contrato confirmado judicialmente (Enneccerus, Tratado, t. IV, vol. 2^a, págs. 178 y ss.).

Los casos de revocación legal pueden reducirse prácticamente a tres. El primero de ellos concierne a la sanción de la prohibición formulada por todas las leyes de que el adoptante contraiga matrimonio con el adoptado. No obstante, si a pesar de la prohibición legal se efectúa el matrimonio, este será nulo (si la prohibición tiene carácter dirimente) o será válido (si es simplemente impediente). En este último caso es evidente que no puede subsistir el vínculo adoptivo entre dos personas que son marido y mujer. Reconociéndolo así, las legislaciones que conceden carácter simplemente impediente a esta prohibición, declaran que si las personas vinculadas por la adopción contraen matrimonio en contra de la prohibición legal, con la conclusión de dicho matrimonio se produce la supresión de la relación jurídica originada entre ellas por la adopción (parág. 1.771 del B.G.B., aa. 1.588 del C. c. griego, 300 C. c. rumano de 1.939, 129 C. c. suizo, 308 C. c. italiano, 26 de la ley noruega de 2 de abril de 1.917, 19 de la ley islandesa de 11 de febrero de 1.953, etc.).

Otro caso de revocación legal es el de superveniencia de hijos al adoptante, como establece el a. 287 del C. c. colombiano. Pero se trata de una disposición en vías de desaparecer; así, el a. 340 del C. c. peruano de 1.936 suprimió el a. 276 del anterior Código de 1.852 que admitía la revocación legal por superveniencia de hijos al adoptante o por reconocer este a sus hijos naturales. A pesar de esta tendencia, el proyecto portugués recoge esta causa de revocación, al contrario que la mayoría de los Códigos hispano-americanos, que cuidan de especificar que la superveniencia de hijos no supone la revocación de la adopción. En este sentido se manifiestan los artículos 251 del C. c. uruguayo, 404 del mejicano de 1.928, 340 del peruano de 1.936 y el a. 377 del brasileño precisa que la superveniencia de hijos al adoptante no revoca la adopción mas que en el caso de que la concepción del hijo fuese anterior o concomitante al momento en que se otorgó la escritura de adopción. Prescindiendo de la dificultad de la prueba, se trata aquí, más que de un verdadero caso de revocación legal, de una simple aplicación de la máxima "*infans conceptus pro nato habetur quoties de com odis ejus agitur*", que nosotros hemos recogido y justificado anteriormente.

La legislación guatemalteca nos ofrece un ejemplo del tercer supuesto de revocación legal, que tiene lugar automáticamente cuando el adoptante fallece durante la minoridad del adoptado, en cuyo caso éste cae bajo la patria potestad de sus padres por naturaleza, ^{la guarda} de su tutor o bajo la protección de un establecimiento benéfico, según los casos. Esta causa de revocación puede ser notoriamente perjudicial para el adoptado y por eso no la recogen las modernas legislaciones. En cambio, favorece considerablemente los intereses de los parientes por naturaleza del adoptante.

La revocación judicial es, con mucho, la más frecuente en Derecho comparado. En realidad, esta revocación constituye una especie de la legal por cuanto solo puede operar en los casos y de

tro de los límites que la propia ley señala; pero así como la revocación legal actúa o produce sus efectos de pleno derecho, a virtud de la mera declaración de la ley, la revocación judicial (y la administrativa) requieren una decisión de los órganos competentes. Cabe señalar en este punto dos sistemas diferentes, aunque no irreconciliables, pues se encuentran con frecuencia acumulados: ora la ley prevé un número limitado (*numerus clausus*) de causas de revocación, ora añade a estas otras indeterminadas o cuya determinación se deja más ampliamente al arbitrio judicial (*numerus apertus*).

La primera de las causas expresas de revocación que se encuentra en el Derecho comparado es, sin duda por analogía con las causas de divorcio, la condena del adoptante o del adoptado a una pena criminal o correccional. Así, por ejemplo, según los términos del a. 302 del C. c. rumano de 1.939, en caso de condena por un delito de Derecho común, fijando otras veces su atención el legislador en ciertos delitos como la estafa, los que suponen un atentado a la moral y a las buenas costumbres, etc. El a. 269 del C. c. suizo la establece cuando el adoptado comete un delito grave contra el adoptante o sus próximos parientes, supuesto que se aproxima a la ingratitud. Panamá considera como causas de revocación la injuria grave del adoptado al adoptante, su cónyuge, ascendientes o descendientes, así como el crimen del adoptado castigado con trabajos forzados (a. 185). Méjico (a. 405), precisando los casos que entrañan ingratitud del adoptado, señala cuando este comete un delito castigado con más de un año de prisión contra la persona, honor o bienes del adoptante, su cónyuge, descendientes o ascendientes, y Guatemala señala el atentado del adoptado a la vida u honor del adoptante, cónyuge, ascendientes o descendientes, haberle causado maliciosamente la pérdida de más de la tercera parte de sus bienes (que rara vez no envolverá un supuesto delictivo) o haberle denunciado falsamente a la justicia. Las legislaciones china y japonesa han venido admitiendo tradicionalmente la condena del adoptado o del adoptante como causa de revocación.

Las mismas legislaciones de Extremo Oriente habían previsto la revocación por abandono malicioso de una de las partes, supuesto recogido hoy día en casi todas las legislaciones, bien directamente bien a través de las causas de ingratitud, desheredación o indignidad para suceder. El a. 374 del C. c. basileño prevé la revocación por ingratitud del adoptado, pero no la define. Una antigua jurisprudencia, haciendo uso de la interpretación análogica, aplicaba a esta materia el a. 1.183 que permite revocar las donaciones en los siguientes casos: 1) Si el donatario ha atentado contra la vida del donante. 2) Si le ha ofendido de obra. 3) Si le ha injuriado gravemente o calumniado. 4) Si pudiendo, no le ha prestado alimentos. Pero semejante jurisprudencia, fundada en una S. de 4 de junio de 1.928 (337), parece gozar actualmente de escasa autoridad y se puede citar, en contra, la S. de 10 de agosto de 1.951 de la Sala 6ª (civil) del Tribunal de Apelación del Distrito federal (338) correspondiente al recurso nº 13.375, que establece una importante diferencia entre la ingratitud necesaria para revocar una donación y la que puede motivar la revocación de la adopción: "Para revocar la adopción basta que exista ingratitud en el sentido corriente de la palabra, mientras que para revocar la donación el legislador ha limitado el concepto estableciendo precisamente los casos en que puede tener lugar. Como se trata de una pena, se exige que el juez la aplique solamente cuando el acto cae dentro de uno de los casos de ingratitud expresamente previstos por la ley." Otros Códigos, como el mejicano (a. 406) y el italiano (aa. 306 y 307) prevén diferentes supuestos de ingratitud que, a veces, se acercan mucho a las causas de indignidad para suceder, establecidas con diferentes modalidades en los Códigos colombiano (a. 284), griego (a. 1.587), suizo (a. 269), venezolano de 1.922 (a. 281) y leyes ecuatoriana de 1.948 (a. 15) y checoslovaca de 28 de marzo de 1.928 (a. 7ª, párr. 2ª) como causas de revocación, por lo que no vale la pena enumerarlas, máxime si se tiene en cuenta que tales legislaciones contienen una especie de cláusula general que permite el arbitrio

judicial en este punto.

Lo más frecuente en las legislaciones modernas es, precisamente, conceder al juez un poder soberano de apreciación. Algunas dejan al criterio judicial la estimación de la existencia de los "justos motivos" necesarios para conceder la revocación (Perú, a. 342; Suiza, a. 269), de los "motivos graves" para autorizarla (Checoslovaquia, a. 69; Uruguay, a. 171), de la existencia de "causas graves que hagan imposible el mantenimiento del vínculo adoptivo" (Japón), de los motivos "muy graves" (a. 360 del C. c. belga) (339) (Quebec, a. 19) o como las legislaciones nórdicas la apreciación de cuando el adoptante lleva vida desarreglada o se muestra negligente en el cumplimiento de sus deberes, fórmula recogida y desarrollada en cuatro casos por la ley guatemalteca. Principios análogos se contienen en las legislaciones chilena, ecuatoriana, salvadoreña y venezolana. Este arbitrio judicial alcanza su máxima intensidad en Australia Meridional, donde los jueces gozan de poder soberano para modificar y revocar la adopción. Puede afirmarse que estas disposiciones tendentes a permitir la revocación por causas graves, cuya determinación se deja al arbitrio judicial, corresponden al deseo de proteger al adoptado, hasta tal punto que no faltan legislaciones (v. gr.: soviética, húngara, rumana) admitiendo la revocación en todo momento por la autoridad competente siempre que sea en beneficio del adoptado. En realidad, no existe entre todas estas legislaciones más que una diferencia de matiz, relativa a la extensión en que puede moverse el arbitrio judicial. El buen sentido de la jurisprudencia en relación con las ideas sociales dominantes, dará la pauta. Por lo mismo, no puede entenderse que la reforma operada, por ejemplo, en el Derecho francés por el D-L de 1.939, suprimiendo el adverbio "très" (muy) que figuraba en la redacción de 1.923, pueda ser interpretada como una modificación sustancial del Derecho anterior. En suma, casi igual alcance tiene la expresión "motivos graves" que la de "motivos muy graves", como lo demuestra que la jurisprudencia turca operando sobre el a. 258 del C. c., igual al a. 269 del C. c. suizo, se muestra más estricta que la suiza (340).

Por regla general, se encuentran legitimados para pedir la revocación, según los casos, el adoptante, el adoptado, sus respectivos representantes legales (y, excepcionalmente, los voluntarios), ciertos parientes por la sangre de uno y otro (padres del adoptado, principalmente), el Ministerio Público, los organismos de protección a la infancia o la propia autoridad tutelar que resuelve (procedimiento de oficio) (341) e incluso una tercera persona en algunos puestos (v. gr.: cuando el adoptante es de costumbres depravadas o da malos tratos al adoptado: legislación guatemalteca). El criterio de mayor amplitud lo representa la legislación yugoslava, que autoriza a toda persona u organización social a presentar una solicitud de revocación si es en interés del adoptado menor de edad.

Desde largo tiempo atrás se ha venido discutiendo en torno a la revocación de la adopción, esgrimiéndose abundantes argumentos en pro y en contra (342). El legislador español se ha decidido por establecer el principio de irrevocabilidad: "La adopción es irrevocable" (a. 175, párr. 1º del C. c.). Justifica este principio que consagra la estabilidad de la institución en que "afectando profundamente al estado y condición de las personas, sería perturbador dejar su subsistencia supeditada a la voluntad concorde o unilateral de los interesados." Esta declaración carece de precedentes en nuestro Derecho histórico, a diferencia de la posibilidad de impugnar la adopción que el propio artículo 175 concede a determinadas personas. Esta posibilidad de impugnación puede parecer, a primera vista, una excepción al principio de irrevocabilidad, mas si se tiene en cuenta lo dicho anteriormente en cuanto a las diferencias que existen entre ambas, se verá que se trata de cosas diferentes y, por tanto, perfectamente compatibles, como parece dar a entender la misma ley al regular los supuestos de impugnación en párrafo aparte; otra cosa sería si hubiese dicho, por ejemplo: La adopción es irrevocable. Podrán pedir, no obstante, judicialmente que se declare extinguida la adopción..." Por eso, y para evitar todo posible equi-

voce, conviene hablar en nuestro Derecho no de revocación, sino de impugnación de la adopción.

Sobre la importancia y naturaleza de la acción que nos ocupa, manifiestan los autores que las acciones de impugnación, dirigidas a destruir ex tunc un estado civil existente (aunque este tenga la condición de claudicante mientras no caduca o se ejercita la acción) se distinguen no solo de las que persiguen la creación de un nuevo estado (con la consiguiente extinción del anterior) y de las declarativas de nulidad, sino también de aquellas otras que ponen término a un estado para volver al que se tenía antes. Esta figura aunque ya se podía advertir en algunas instituciones del Código, por ejemplo, en la recuperación de la nacionalidad (aa. 24 y 25) (también en el caso de los vínculos familiares resueltos por la muerte; no, en cambio, en el de separación conyugal por sus efectos limitados y por su carencia de firmeza), toma especial relevancia con lo ahora dispuesto sobre la extinción de la adopción. Se trata de acciones modificativas (constitutivas) de estado, que se dirigen a dar eficacia a la facultad de poder cambiar un estado civil, sea por medio de una simple declaración de voluntad o sea por medio de la impugnación del estado existente (343). En líneas generales podemos afirmar que se trata de una acción de impugnación análoga a la que el a. 128 concede en el supuesto de legitimación, el a. 138 en el de reconocimiento de los hijos naturales y más parecida aún a la del párr. final del a. 133, ya que se trata, mutatis mutandis, del mismo supuesto. Precisamente los autores admiten que el reconocimiento del hijo natural es, en principio, irrevocable (Vid. a. 741 del C. o.) y que semejante carácter no impide en modo alguno, su impugnación (343). Y preguntamos: ¿Es que va a ser menos la adopción, concebida en beneficio del adoptante, que el conocimiento del hijo natural, siendo así que la ley equipara el adoptado al hijo natural reconocido? La analogía de que hablamos se percibe claramente si se compara el antiguo a. 180 del C. o. con el párr. final del a. 133 del mismo Cuerpo legal (344). Nues-

tros comentaristas justificaban el primero de dichos artículos, diciendo que "es una consecuencia lógica e imprescindible de la forma en que se verifica la adopción del menor o incapaz y de las consecuencias que pueden derivarse de ella" (345), mientras que otros lo criticaban calificándolo de "portillo abierto a la ingratitud" (346). Como el Código no establecía criterio alguno para poder determinar las justas causas en cuya virtud pudiera prosperar la impugnación y como no podía considerarse este un derecho absoluto del adoptado, había que dejar su determinación al arbitrio judicial, con lo que se instauraba en nuestra legislación el sistema del *mímerus apertus*, siquiera de manera limitada.

Como precedentes del actual a. 175 pueden citarse, además de los aa. 146 del proyecto de 1.882 y el antiguo a. 180, el a. 3º de la L. de 17 de octubre de 1.941 (347), cuyo contenido sustancial modificado ha pasado a integrar el mín. 1º del actual a. 175, el cual, después de fijar la irrevocabilidad, establece:

"Podrán pedir Judicialmente que se declare extinguida la adopción del menor o incapacitado:

1º. El padre o madre legítimos o naturales durante la minoría o incapacidad del adoptado si el hijo hubiere sido abandonado o expósito y ellos acreditaren suficientemente su falta total de culpabilidad en el abandono y su buena conducta a partir de éste. Y el Ministerio Fiscal cuando lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado.

El Juez ponderará los motivos alegados y muy especialmente la moralidad de los padres y el tiempo transcurrido desde la adopción, oyendo al adoptado si su estado de razón lo aconseja y resolviendo lo que estime más conveniente para éste.

2º. El mismo adoptado dentro de los cuatro años siguientes a la mayoría de edad o a la fecha en que la incapacidad haya desaparecido, siempre que se funde en algunas de las causas que dan lugar a la desheredación de los ascendientes.

En los casos en que se declare extinguida la adopción queda-

rá sin otros efectos que los ya consumados.

El reconocimiento de la filiación natural del adoptado o su legitimación no afectará a la adopción.

Este artículo 175 mejora la redacción que tenía el correspondiente del proyecto, que mezclaba los conceptos de irrevocabilidad impugnación y extinción sin gran precisión técnica. Importante diferencia es que se autoriza la impugnación de la adopción de expósitos, lo que no sucedía en el proyecto. Las demás resaltan por sí solas con examinar el texto correspondiente (348).

Se puede observar que nuestra legislación sigue la tendencia general de multiplicar las causas que pueden dar lugar a la impugnación de la adopción, si bien el actual n.º 2º resulta más restringido que el anterior a. 180 (en cuanto se establecen taxativamente las causas de impugnación que en el texto anterior quedaban al arbitrio judicial, se pensó de entender que tal derecho se le concedía al adoptado de modo absoluto). Solo se admite la revocación (entendida esta palabra en sentido amplio) judicial, dentro de la que caerían todos los supuestos de impugnación, operando el buen criterio del juzgador sobre la existencia de los motivos alegados y demás extremos que se indican en el párr. final del n.º 1º, con lo que se incorpora nuestra legislación a la tendencia progresista moderna, evitando al mismo tiempo los inconvenientes derivados de dejar a la iniciativa de las partes la obtención de la extinción de la adopción, sin el oportuno control.

Personas que pueden impugnar la adopción.— Con arreglo al anterior a. 180 solo podía impugnar la adopción el adoptado, si bien existían las siguientes interpretaciones doctrinales:

A) Amplia.— El adoptado no necesita alegar justa causa, por analogía a lo dispuesto para los hijos naturales (Manresa).

B) Estricta.— Representada por Mucius Scaevola, para quien las situaciones referentes al estado civil deben ser estables.

C) Intermedia.— Puig Peña (349) defendía que solo se podía

impugnar la adopción cuando la actuación del adoptante hubiese causado un perjuicio al adoptado, distinguiendo los casos siguientes:

a) Que la impugnación la verifiquen los representantes del menor o incapaz.- Frente a autores como Popinow (350), que solo admiten la impugnación cuando el adoptante es mayor y capaz, Puig la admite en este caso, si bien con el estrecho criterio resultante de aplicar el principio de la culpabilidad.

b) Que la impugnación la lleve a cabo el adoptado mayor y capaz.- El mismo Puig Peña aplica los principios de la culpabilidad, pero entendidos más ampliamente, jugando aquí no solo la idea de sanción sino también la de conveniencia. En suma, admite para este caso el prudente arbitrio de los tribunales.

Bajo la vigencia de la L. de 17 de octubre de 1.941 la facultad de impugnar la adopción se concedió a la Administración del Establecimiento benéfico a que hubiese pertenecido el adoptado y a sus "padres naturales", expresión incorrecta técnicamente con la que se aludía a los padres por naturaleza o por la sangre, los cuales pueden ser legítimos.

Actualmente se concede la facultad de pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción del menor o incapacitado:

1º. Al padre o a la madre, legítimos o naturales, respecto a su hijo abandonado o expósito. Solo pueden hacer uso de esta facultad durante la minoría o incapacidad de dicho hijo y deberán acreditar tanto su falta total de culpabilidad en el abandono como su buena conducta a partir de este. Semejante prueba ha de ser suficiente, extremo que deberá apreciar el juez. Creemos que, por regla general, bastarán las referencias del párroco, alcalde y otras autoridades o personas de claro prestigio moral y social. Según el Proyecto, no se admitía esta impugnación en la adopción de expósitos, y se limitaba su ejercicio al padre o madre legítimos o naturales que hubiesen reconocido al adoptado, mientras que ahora no se precisa este reconocimiento previo (352). No debe olvidarse que, en

virtud del párr. final de este número (que no figuraba en el proyecto y cuya introducción es digna de alabanza) el buen sentido del juez tamizará los casos dudosos o aparentemente injustos, teniendo como norte el interés del adoptado. La limitación del tiempo durante el cual se puede hacer uso de este derecho y la prueba de haber observado los padres buena conducta a partir del abandono, tampoco figuraban en el proyecto.

2º. El Ministerio Fiscal cuando lleguen a su conocimiento negativos graves que afecten al cuidado del adoptado. Este apartado reconoce, una vez más, la especial función de este Ministerio y constituye una específica aplicación del a. 2º, nº 3º de su Estatuto. Para la determinación de los posibles motivos graves nos remitimos a lo dicho anteriormente. El a. 308 del C. c. italiano faculta al Ministerio Público para instar la revocación de la adopción por razón de buenas costumbres (353) y es evidente que las mismas pueden llegar a constituir los motivos graves requeridos por nuestra legislación.

3º. El propio adoptado dentro de los cuatro años siguientes a su mayoría de edad o a la fecha en que su incapacidad haya desaparecido, siempre que se funde en alguna de las causas que dan lugar a la desheredación de los ascendientes. También es digno de elogio el último inciso que no figuraba en el proyecto y que nos remite al a. 854 en relación con el a. 756. De este modo no puede ya afirmarse que se "abra un portillo a la ingratitud", si bien hubiera sido quizá preferible establecer una especie de cláusula general, con el consiguiente arbitrio judicial. Tal vez le ha parecido al legislador más peligrosa esta posibilidad de impugnación que los otros casos, y por eso ha querido encerrarla en límites más estrechos. A nosotros, por el contrario, nos parece que menos deseos tendrá el adoptado de romper su vínculo con el adoptante, a quien la mayor parte de las veces mirará como su verdadero padre, que el experimentado por los padres naturales a impulsos de una cariffo egoísta, aunque lógico y humano.

No admite nuestra legislación la impugnación de la adopción por el adoptante. La mayor parte de la doctrina silencia este problema, si bien un cierto sector admite la revocación por justas causas (354), al igual que la doctrina extranjera. En cuanto a cuales pueden ser estas, se rechazan la superveniencia de hijos, la peor fortuna del adoptante, etc., autorizándose tan solo cuando existe una clara culpabilidad del adoptado. Dudamos mucho que alguien se aventure a defender la posibilidad de una tal impugnación después de la tajante regulación del a. 175, y por lo tanto huelga la discusión sobre si es posible admitir un temperamento parecido al que tiene lugar en las donaciones y herencias respecto a las causas de revocación y desheredación. Lo que sí es factible es que los tribunales suspendan o priven a los adoptantes del ejercicio de la patria potestad.

El procedimiento a seguir en la impugnación será el del juicio declarativo de mayor cuantía, por ser materia referente al estado civil, dándose la consiguiente posibilidad de recursos (355). Conforme al a. 2º nº 4º de su Estatuto, el a. 5º del Reglamento y el a. 838 nº 5º de la L.O.P.J., habrá de intervenir el Ministerio fiscal. Entendemos que en nuestro Derecho la acción de impugnación es personalísima y, por tanto, no transmisible a los herederos del adoptado (356). Estas acciones llevan ya marcado su plazo de ejercicio, a diferencia de las que tienden a impugnar la adopción por vicio de la voluntad, las cuales, habida cuenta de la tendencia legal a acortar los plazos de caducidad (a. 102) parece caducarán a los cuatro años (a. 1.300), mientras que las restantes que no tengan señalado plazo de caducidad habrán de extinguirse a los quince años (a. 1.964 del C. c. y S. de 18 de enero de 1.929).

Efectos de la extinción de la adopción..- El principio general que domina esta materia es el de que la extinción carece de efectos retroactivos, como expresa el a. 175, párr. 5º: "En los

casos en que se declare extinguida la adopción quedará sin otros efectos que los ya consumados". Es decir, que se conservan los derechos adquiridos y las situaciones establecidas, mas no se adquieren ni se consolidan otros. Este principio es, como decimos, general, pues se encuentra formulado en todas las legislaciones (357). Ahora bien, ¿a partir de que momento comienzan a producirse los efectos de la impugnación y, en general, los de la extinción de la adopción? Entre las partes, a partir del día en que la extinción judicialmente declarada es firme y respecto a los terceros desde el momento de su inscripción en el Registro, pues aunque el Código no lo diga es evidente que precisa rectificarse la situación registal creada por la inscripción de la adopción (358) y, mientras subsista, los terceros no pueden resultar perjudicados. En este sentido se pronuncia la doctrina francesa (359), si bien el a. 365 del C. c. francés, interpretado analógicamente, suministra una base más amplia que el silencio de nuestra legislación.

No faltan, sin embargo, algunos casos en que la extinción opera retroactivamente. Según el a. 409 del C. c. mejicano de 1928, la revocación de la adopción por ingratitude del adoptado retrotrae sus efectos hasta el día en que se cometió el acto de ingratitude, y conforme el a. 360, párr. 8º del C. c. belga los efectos de la revocación se producen, en principio, a partir de la fecha de la interposición de la demanda.

Puede preguntarse si es posible que una vez extinguida la adopción se produzcan con posterioridad ciertos efectos que estaban pendientes de producirse cuando aquella fué declarada (efectos no consumados) o que continúen produciéndose otros. De los términos de nuestro a. 175 se deduce que no es posible (360). Sin embargo, muchas legislaciones, y la nuestra no es una excepción, dejan subsistentes las prohibiciones matrimoniales que resultan de la adopción (compárese el n.º 5º con el n.º 6º de nuestro a. 84; vid. a. 360 del C. c. belga, párr. 9º). El a. 1.083 del C. c. chino establece que la deuda alimenticia sobrevive a la revocación y la legislación

soviética, inspirándose en una idea análoga, permite, a pesar de la revocación, condenar al adoptante a pasar una pensión alimenticia al adoptado. En Polonia, el adoptado puede, en principio, seguir usando el apellido del adoptante después de la revocación, aunque el tribunal puede privarle de este derecho, y en otros muchos países (Finlandia, Dinamarca, Islandia, Noruega, Suecia, Japón, Hungría, Rumania, etc.) si bien el adoptado pierde, por la revocación, el derecho a seguir usando el apellido del adoptante, el tribunal puede autorizarle su conservación.

Las legislaciones tampoco son unánimes al determinar si la extinción de la adopción hace revivir los derechos de patria potestad y las relaciones jurídicas que ligaban al adoptado con su familia por naturaleza. En Alemania la solución es negativa, mientras que en Holanda es afirmativa (a. 344 del C. c.). En Dinamarca pueden establecerse de nuevo tales vínculos a solicitud de los padres por naturaleza del adoptado, una vez fallecido el adoptante; en lo demás casos esta reanudación no tiene lugar en principio, si bien el tribunal puede acordar lo contrario en razón a los motivos de la revocación, la edad del adoptado u otras circunstancias. Según el a. 27 de la ley noruega de 1.956 el tribunal ha de decidir (salvo el caso de que la revocación se haya operado por mutuo disenso del adoptante y del adoptado mayor de edad) tomando en consideración el conjunto de la situación, si los vínculos con la familia por naturaleza deben ser restablecidos total o parcialmente. En se restablecen, salvo que se crea más conveniente la tutela.

En nuestra Patria no cabe hablar de tal restablecimiento, puesto que las relaciones que ligan al adoptado con su familia por la sangre no se rompen totalmente ni siquiera en la adopción plena. En esta, sin embargo, no recobran los padres por naturaleza la patria potestad, salvo, naturalmente, que hayan ejercitado la acción según el a. 175, n.º 1.º del C. c.

Problema interesante es el de determinar si es posible una nueva adopción entre las mismas personas después de extinguida la

primera. En principio, debe admitirse la posibilidad de renovar el vínculo adoptivo, y en este sentido se promuncia la doctrina alemana, siempre que se cumplan los requisitos legales. Nosotros creemos que en esta cuestión no cabe sentar una regla absoluta y será el juez quien, en atención a las circunstancias de cada caso, autorizará o no la nueva adopción, si bien no es fácil que pueda repetirse, pues siempre partirá del adverso precedente que supone la ruptura de la anterior y serán los interesados quienes tendrán a que llevar a su ánimo el convencimiento de lo contrario.

En el caso de una segunda adopción por fallecimiento del anterior adoptante ¿desaparecen todos los efectos de la primera? El legislador de Quebec se inclina por la afirmativa, salvo con relación a los derechos ya adquiridos. Desde el punto de vista de nuestro Derecho creemos que deben aplicarse las mismas normas que rigen las relaciones del adoptado con su familia por naturaleza, y así como conserva en esta sus derechos, conservará los emanados de su adoptante (v. gr.: herencia sujeta a condición). Los apellidos del segundo adoptante prevalecerán, en principio. En este caso parece difícil admitir pueda llevarse a cabo una segunda adopción plena pues quien ya ha sido adoptado deja de ser abandonado o expósito.

En resumen, los principales efectos que, "a grosso modo", produce la extinción de la adopción, son:

1. La patria potestad se extingue cambiando su titular o abriéndose la tutela.
2. Pérdida del derecho a llevar el apellido del adoptante.
3. Desaparición de los impedimentos matrimoniales del nº 6º del a. 84 C. c.
4. Extinción de la obligación alimenticia.
5. El adoptado pierde el derecho de suceder al adoptante y este a aquél, dimanado de la adopción.
6. Deberán restituirse las donaciones hechas en consideración a la adopción.

Los autores se lamentan de que la ley de 24 de abril de 1.958 carezca de disposiciones transitorias "que hubieran evitado -se piensa- las dificultades que originará el cambio legislativo" (361). Sin desconocer lo acertado de semejante queja, lo cierto es que en la adopción las dificultades serán, seguramente, de menor cuantía que en otras instituciones también modificadas por la misma ley. La adopción verificada antes de la nueva ley, dice el profesor Federico de Castro, se regirá por el antiguo Derecho y conforme a este subsistirán los derechos y facultades que de la adopción resultan. Esto se refleja, por ejemplo, en la posibilidad de impugnar la adopción con arreglo al anterior a. 180, en vez de atenerse a las limitaciones del actual a. 175. Lo mismo sucede respecto a las funciones de tutor, protutor, vocales del consejo de familia, representantes y defensores del ausente: los nombrados con arreglo a la legislación anterior conservarán sus cargos, no obstante haya, según el nuevo Derecho, otras personas con mejor título para desempeñarlos, habida cuenta, además, del respeto que el legislador ha manifestado hacia quienes se encuentran ejerciendo tales funciones, manifestado en las reglas 8ª y 9ª de las disposiciones transitorias del Código civil. Ahora bien, si en la adopción constituida al amparo de la anterior legislación, queda vacante alguno de estos cargos, para los futuros nombramientos habrá de tenerse en cuenta la nueva regulación legal. Del mismo modo, no vemos inconveniente en que se apliquen a las antiguas adopciones las actuales normas relativas a la adopción menos plena, en todo aquello que no menoscabe un derecho adquirido al amparo de la anterior legislación.

CONCLUSIONES

Tal como aparece actualmente concebida la adopción y en virtud de cuanto queda expuesto, pueden establecerse las siguientes:

1ª. La adopción ha consolidado su importancia en lo que va de siglo, especialmente en los últimos veinticinco años, en todas las legislaciones. Se trata de una verdadera propagación espontánea que orienta en sentido paralelo las legislaciones más diversas, tanto las heredadas del Derecho romano como las inspiradas por el Common Law, las de Extremo Oriente y las europeas, las de las democracias populares como las occidentales. Como notas características pueden señalarse:

1) difusión; 2) vulgarización; 3) institucionalización; 4) control estatal; 5) máxima eficacia: los efectos son cada vez más fuertes, con tendencia a la adoptio plena; 6) predominio del interés del adoptado: la institución se ha "humanizado" y, por consecuencia, los problemas de orden patrimonial pasan a segundo plano, ya que lo primordial es asegurar el éxito de la institución entre las personas que en ella intervienen, para lo cual se establece el secreto y la asimilación del adoptado a los hijos legítimos del adoptante.

2ª. En nuestro Derecho, la adopción ha desbordado ya la pura esencia contractual para devenir un acto jurídico, cuya naturaleza es análoga a la del matrimonio.

3ª. La distinción fundamental es entre la adopción plena y

la menos plena. La primera origina un cambio en el estado civil; la segunda, no.

40. La actual reforma legislativa no puede considerarse definitiva. Pero la subsiguiente modificación debe tener en cuenta la acogida dispensada por los particulares a cada clase de adopción, por lo que resulta indispensable contar con un buen servicio informativo (estadística) que refleje fielmente dicha inclinación para que si, como es de preveer, es favorable a la adopción plena dejar tan solo esta subsistente. No obstante, pueden señalarse "a priori" los extremos siguientes en que deberá operar la reforma:

1. La futura reforma debe tender a "humanizar" las disposiciones vigentes, lo cual se logrará haciendo del adoptado el eje a cuyo alrededor giren las disposiciones legislativas.

2. En un grado de desarrollo más avanzado y contando con las enseñanzas de la práctica, deben unificarse ambas clases de adopción, subsistiendo únicamente la de efectos más fuertes.

3. Respecto a los adoptados, podría limitarse la adopción a los menores de edad, puesto que las tendencias actuales conciben la institución como protectora de los menores, incluso más restringidamente como protectora de la infancia desvalida. Con esto se resolverían multitud de cuestiones (v. gr.: adoptar para evitar el mayor pago de impuesto sucesorio, para continuar en el disfrute de la vivienda) que motivan la exigencia, por leyes especiales, de un límite de edad para gozar de estos beneficios.

4. Esto así, debe asimilarse el adoptado a los hijos legítimos del adoptante, sobre todo desde el momento en que se prohíbe adoptar a quien tenga tales hijos, o bien debe desaparecer, desde luego, dicha prohibición. De todos modos, la citada equiparación es una aspiración deseable como síntoma revelador de la perfección del sistema.

5. Consecuentemente, por la adopción deben romperse los vínculos que unían al adoptado con su familia por naturaleza, con lo que no se le perjudica, pues uno de los requisitos para aprobar la adop

ción es que sea conveniente para el adoptado.

6. A este respecto y para evitar toda posible duda, sería de desear se formulase expresamente el requisito de que la adopción se inspire en justos motivos y presente ventajas para el adoptado.

7. En lugar de limitar la adopción plena a los mayores de tres años, sería preferible exigir que el adoptante prestase sus cuidados al adoptado durante cierto espacio de tiempo, inmediatamente anterior a la adopción.

8. La legislación debiera prescindir del consentimiento del cónyuge cuando está incapacitado o ausente.

9. Los cónyuges que adoptan conjuntamente debieran estar exentos del requisito de edad o permitirse su dispensa o rebajar los 35 años normalmente exigidos, contentándose con que reúna esta edad rebajada (que podría ser 25 o 30 años) uno solo de los cónyuges, bastando para el otro la simple diferencia de edad con el adoptado.

10. Debe rebajarse o mejor, permitir la dispensa de la diferencia de edad cuando el cónyuge adopte al hijo de su consorte.

11. El consentimiento para la adopción, en su caso, debe referirse a ambos padres simultáneamente, en vez de llamar tan solo a la madre en defecto del padre.

12. Parece aconsejable dar entrada en el procedimiento a organismos especializados (jueces protector de menores).

13. Deben resolverse expresamente los problemas que plantea la adopción póstuma.

14. Otras de menor cuantía, tales como: a) precisar si cabe adoptar o ser adoptado por representación; b) establecer expresamente la subsistencia de los impedimentos matrimoniales entre el adoptado y su familia por naturaleza; c) regular el derecho a alimentos entre el adoptado menos plenamente y su familia natural; d) hablar de clérigos en vez de eclesiásticos; e) determinar expresamente el alcance de la patria potestad sobre el adoptado.

El presente estudio no quedaría completo si dejásemos de consagrar algunas líneas a establecer cuales son aquellas condiciones para realizar una buena adopción. En realidad, aconsejar a los futuros adoptantes que es lo que deben hacer para llevar a cabo una buena adopción, esto es, procurar asegurar "a priori" por todos los medios posibles el éxito de la misma, es asunto tan importante que, más que un epígrafe final, reclama esta cuestión un tratado a ella dedicado. Como esto no puede ser, sintetizaremos nuestras ideas al respecto.

Desde luego, se tiene asegurado un elevado porcentaje de éxito si la adopción se realiza por ambos cónyuges. A los solteros o viudos, sobre todo a los varones, les conviene que el adoptado sea relativamente mayor. En cambio los matrimonios, sobremanera si son jóvenes, unidos sólidamente, reúnen las mejores condiciones para adoptar a un niño, siendo preferible que lo lleven a su hogar entre los tres a los doce meses.

Antes de adoptar debe pensarse seriamente si se desea tener un hijo. No debe mirarse al adoptado como un ser menos gravoso que el hijo de la propia sangre, al que, por no ser tal, se pueda descuidar. Solo las personas con decidida vocación paternal debe-n adoptar.

No busquen los adoptantes que el adoptado reúna determinadas condiciones, especialmente intelectuales, pues las criaturas no son cosas cuyas cualidades puedan seleccionarse "a priori". Lo que sea el adoptado depende precisamente de la labor de los adoptantes. Conténtense con un niño normal y, sobre todo, recíbralo como si se tratase de un hijo propio. Una cosa es el legítimo deseo de que sobresalga (existente en todos los padres) y otra muy distinta y perjudicial no querer al adoptado si no reúne las mejores cualidades. Los padres por naturaleza no proceden así, antes bien, su cariño suele verterse y proteger a los más débiles y menos dotados de sus hijos.

Conviene hacer saber al adoptado su condición a edad temprana, acostumbrándolos, por ejemplo, a rezar "por sus padres que están en el Cielo". Hay muchas explicaciones que, dichas en el momento oportuno y de modo adecuado, aceptan el niño sin que por eso disminuya su cariño hacia los adoptantes, mientras que en el muchacho o en el adulto pueden dar lugar a graves trastornos.

Si es posible, no contentarse con tener un solo adoptado, pues lo mismo que sucede con los hijos por naturaleza el adoptivo único es más difícil de educar que cuando tiene hermanos.

Si los adoptantes piensan de este modo y proceden en consecuencia, su vida será la misma que la de unos padres por naturaleza, con idénticas alegrías y tristezas, pero, sobre todo, con la inmensa dicha que representa haber consagrado la mejor parte de ellos mismos a los niños que habrán convertido en sus propios hijos y a los que habrán proporcionado las delicias de un verdadero hogar.

NOTAS

(1) Conviene destacar que así como en muchos países la favorable acogida de las reformas legislativas, manifestada en el notable incremento del número de adopciones durante los años inmediatamente siguientes a cada reforma, motivaron otras nuevas, en nuestra Patria, pese a producirse el mismo fenómeno a raíz de publicarse la ley de 1.941, no se ha llevado a cabo la reforma del Código civil hasta diecisiete años después de dicha publicación.

(2) Esta sección 1ª debe entenderse que comprende también el a. 172, que ya no es posible encajar en el capítulo IV. La expresión del a. 3º de la ley de 24 de abril de 1.958 obedece, sin duda, a un lapsus legislativo.

(3) Artº 3º de la ley de 24 de abril de 1.958.

(4) Es lamentable la falta de estadísticas más completas, referidas a toda España, de cuya existencia no tenemos noticia pese a las averiguaciones realizadas en diferentes Organismos oficiales.

(5) Este incremento es tanto más de apreciar por cuanto corresponde al periodo de vigencia de la L. de 17 de octubre de 1941 cuyo artº 5º, al establecer un derecho de revocación casi ilimitado a favor de la Administración del Establecimiento benéfico y de los padres por naturaleza del adoptado, parece que debería haber detenido la euforia de los posibles adoptantes.

(6) Las legislaciones pueden sistematizarse así: A) Legislaciones que han introducido la adopción recientemente en su Derecho si bien, de hecho, ya la practicaban antes: Finlandia, Noruega, Suecia, Gran Bretaña y algunas provincias canadienses. B) Id. que la han regulado recientemente, sin conocerla antes: Unión Sudafricana, Argentina, Australia, Columbia británica, Nueva Escocia, Ontario, Quebec, Irlanda, Ecuador, Salvador, Checoslovaquia y Turquía. C) Id. que la han modificado recientemente: Bélgica, Brasil, Bulgaria, Chile, Costa Rica, Dinamarca, Rep. Dominicana, ESPAÑA, Francia, Grecia, Guatemala, Hungría, Islandia, Italia, Méjico, Nueva Zelanda, Panamá, Holanda, Perú, Polonia, Puerto Rico, Rumania, Suiza, U.R.S.S., Uruguay, Venezuela y Yugoslavia, Japón.

(7) La etimología alemana, aunque diferente, envuelve la misma idea; así, adopción = Annahme en Kindesstatt, quiere significar recepción en el lugar de hijo.

(8) Vid. voz "adoptio" en el Dictionnaire des antiquités

grecques et romaines de Daremberg, Paris, 1.877, t. I, págs. 75 y ss.; id. "adoption" en Larousse, Grand Dictionnaire universel du XIXe. siècle, t. I, p. 98, Paris, 1.886, edit. Larousse et Boyer.

(9) Inst., 1, 11, 4.

(10) Leyes de Mamí, XI, 10.

(11) Valverde (Tratado de Derecho civil español, t. IV, 4a edic., Valladolid 1.938, p. 472 n. 1) cita como adopciones de tipo histórico el levirato y el niyaga en los Derechos hebreo e indio, respectivamente.

(12) Vid. Dicc. D^e priv., edit. Labor, 1950, t. I, voz "adopción". Caso célebre es la adopción testamentaria de Octavio por César, sobre la que puede verse el artículo de M. H. Prévost en la Rev. Int. Dr. ant., 3er. año, t. V., 1.950.

(13) Discursos de Demóstenes contra Lechares y Tambián Iseo, De menecles Herd., 11-14, así como las leyes de Mamí, IX, 168, 174, Dattaca-Sandrica, trad. Orianne, pág. 260.

(14) Vid. Cicerón, Pro domo, 13, 14, el cual combate la adopción de Clodio porque el adoptante tiene ya un hijo y exclama que semejante adopción es contraria al Derecho religioso.

(15) Buena prueba de ello es su supresión en el Derecho consuetudinario. Según la "coutume" de Lille, "l'adoption n'a lieu". Puede afirmarse que el Derecho "coutumier" francés no la conocía. Cfr.: Verdenal, Pierre, L'adoption dans la loi du 19 juin 1.923, thèse, Paris, 1.923, pág. 11.

(16) Vid. Costa, D^e consuetudinario del Alto Aragón, 1.880; Otero Varela, La adopción en la Historia del D^e español, 1.955, Sue. de Rivadeneyra; Junquera y Ruiz, J.: Precedentes históricos y fundamentos sociales de la adopción; Asso y De Manuel, Instituciones del D^e civil de Castilla, 5a edic., Madrid, 1.792, lib. 1a, tít. VIII.

(17) Macius Scaevola le explica diciendo: "Si la observancia *Ne pater vel mater pro filio teneatur consigna Item de consuetudine Regni non habemus patriam potestatem*; si no existe la patria potestad legal, aún cuando de hecho y por derecho universal se la conozca; si a los 14 años el poderío, no del Fuero, sino del amor paterno, se entibia porque la autoridad del padre se extingue ¿cómo van los aragoneses a buscar una institución que finge un poder cuando el Fuero se complace, siquiera como protesta al absorbente Derecho romano, en negarle?" (Comentarios, t. III, 3a edic. Madrid 1.893, págs. 377-378).

(18) D. 18 de enero de 1.792: L'Assemblée Nationale décide que son Comité de législation comprendra dans son plan général des lois civiles celles relatives à l'adoption" (Vid. para el estudio de este período, Dejal: Le rétablissement de l'adoption en France, thèse, Paris, 1.911).

(19) Cfr.: M. Guibal, Rapport à la Chambre des Députés au nom de la Commission de législation civile, J.O., Doc. parl., 1.923, Chambre, an. n° 5989, pág. 838 y M. Pérès, Rapport au Sénat, J. O. Doc. parl., 1.923, Sénat, an. n° 620, p. 29.

(20) Vid. M. Pérès, cit. y Daubermesnil, Arch. not. A D 11, 30

(21) Vid. Berlier: Idées offertes à la méditation de ses collègues, en Fenet, Recueil complet de travaux préparatoires du Code ci

(22) Oudot, Discours à l'Assemblée Législative le 23-6-1.792

(23) Vid. la "requête" présentée par el ciudadano Henry, eleg tor del distrito de Montmédy, al Comité de législation en Arch. not. D. III, 361.

(24) Cfr. Planiol, Traité élémentaire de Droit civil, Paris, 1.911, t. I, pág. 494.

(25) En 1.803 Napoleón adoptó a los hijos de los militares muertos en Austerlitz; en 1.830 y 1.848 Francia adoptó a los hijos de los ciudadanos muertos combatiendo por la libertad. Después de la guerra de 1.870, por L. de 26 de marzo de 1.871, la adopción alcanzó a los huérfanos de guerra. Esta ley anuncia ya la de 27 de julio de 1.919 sobre los Pupilos de la Nación.

(26) Sin embargo, las adopciones realizadas fueron confirmadas por la L. de 25 germinal del año XI (13-4-1.803) "siempre que no fuesen acompañadas de alguna condición impuesta para adoptar o ser adoptado".

(27) Vid. Fenet, Recueil cit., 1.836, t. I.

(28) Vid. Thibaudesau, Mémoires, p. 420. Baudry-Lacantinerie: Traité théorique et pratique de Droit civil, Des Personnes, vol. IV, Paris 1.905 (La parte dedicada a la adopción está redactada por G. Chénieux). El mismo Napoleón añadía: "La loi ne devrait pas permettre l'adoption d'un enfant au-dessus de dix ans, afin que les sentiments de père et de fils puissent s'établir entre l'adoptant et l'adopté..." /L'adoption par la femme seule est inconveniente; l'adoption par le mari seul l'est également. Il n'y a donc de raisonnable que l'adoption en commun."

(29) Cfr. Loaré, VI, p. 598. Fue el mismo Berlier quien había presentado un proyecto de ley sobre la adopción en la sesión del Consejo de Estado de 6 frimario del año I (Loaré, VI, p. 393). El Código prusiano que sirvió de modelo fue el de 1.794, preparado en 1.751, del que se recogió la tutela oficiosa, institución que debía servir para facilitar la adopción (Baudry, op. cit. n.º 7, p. 9).

(30) García Goyena, F.: Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, Madrid 1.852, t. I, pág. 148.

(31) Mucius Scaevola, Q.: Código civil comentado y concordado extensamente, t. III, 3ª edic., Madrid 1.893, pág. 385.

(32) Ibid.

(33) Planiol, Marcel: Traité élém. Dr. civ., 9ª edit. t. I, Paris, 1.922, p. 490.

(34) Jossierand, Louis: Derecho civil revisado y completado por André Brun, t. I, vol. 2ª, La Familia, trad. esp. de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires 1.950, tít. III, parágrafo 1.297. El mismo autor manifiesta que "la familia adoptiva tiene una base puramente contractual, es creación completa del contrato de adopción".

(35) Vismard, Marcel: Traité théorique et pratique de l'adoption et de la légitimation adoptive, Recueil Sirey, Paris 1.951, pág. 1.

(36) Puig Peña, F.: Las situaciones finales en la adopción", en Rev. Dr. priv., n.º 381, dic. 1.948, págs. 1.045 y ss., la define como "institución por cuya virtud se establece entre dos personas extrañas relaciones de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima, para dar satisfacción a los más nobles y generosos impulsos de la voluntad humana".

(37) Valverde (Tratado cit., págs. 438 y ss.) manifiesta: "El legislador español...la regula... como un acto más bien que como un contrato irrevocable, como la califica Regron, al exigir más intervención en él que la privada de las partes.

(38) Muchos autores han señalado la analogía desde el punto de vista jurídico de la adopción con el matrimonio, y aún puede llevarse más allá la semejanza con solo recordar las palabras divinas: "Madre, ahí tienes a tu hijo; hijo, he ahí a tu madre".

(39) Valverde, op. cit. p. 473.

(40) Valverde, n. 1. ibid.

(41) Castán Tobénas, J.: Derecho civil (Registros), 3ª edic. t. III, Madrid, 1.942, pág. 219.

(42) Dusi, B.: Della filiazione e dell'adozione, 1.924.

(43) Baudry-Lacantinerie, op. cit.

(44) A. Colin y H. Capitant: Curso elemental de D^o civil, trad. esp. de la Rev. Gral. Leg. y Jur. con notas de De Buen, edit. Reus, Madrid 1.922, t. I, p. 611.

(45) Sánchez Román, F.: Estudios de D^o civil, t. V, vol. II, 2^a edic. Madrid 1.912, págs. 1.077 y ss.

(46) El mismo Sánchez Román propugna los siguientes límites: mera institución de patronato, con un sentido genérico de protección y asistencia humanas; relegada en el orden civil a algo parecido a una curatela especial del adoptante sobre el adoptado, sin esa equivalencia exagerada a la paternidad y a la filiación (Op. cit., p. 1.081).

(47) Vid. Fragola, Umberto: Gli atti amministrativi, U.T.E. E., 1.952, págs. 60 y ss., y Sandulli, Aldo: L'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni, en las págs. 293 y ss. de su Manuale di Diritto amministrativo, 3^a edic. edit. Eugenio Jovene, Napoli, 1.955.

(48) Los principales trabajos dedicados por Hauriou al tema son: La science sociale traditionnelle, 1.898; Précis de Droit public, 1^a edit. 1.919, 2^a, 1.916; Précis de Droit administratif, 1.907; Précis élémentaire de Droit constitutionnel, 1^a edit. 1.925, 2^a 1.929 y, sobre todo, La théorie de l'institution et de la fondation: Essai de vitalisme social. Según este autor, una institución es una idea que obra o empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social.

(49) Santi Romano: L'ordinamento giuridico, 1.918; Corso di Diritto amministrativo, 1.930; Corso di Diritto costituzionale, 1.932 y Frammenti di un dizionario giuridico, 1.937.

(50) Vid. la nota de Bonbecasse, Suppl. al Traité de Baudry-Lacantinerie, t. I, núms. 433 y 438.

(51) S. de 7 de mayo de 1.957 (Bull. n.º 204).

(52) Vid. especialmente las discusiones de la Comisión de codificación de Venezuela, en el Boletín de la Comisión codificadora nacional de Caracas, 1937, n.º 9 y el estudio de Alejandro Urbaneja Arcephohl sobre la naturaleza jurídica de la adopción, ib. p. 38-39.

(53) Para decidir la discusión entre los partidarios de la tesis contractual y quienes se oponen a la misma, bastaría quizá fijarse en qué es más importante desde el punto de vista legal,

si la base notarial (contrato) o la aprobación judicial. Nosotros creemos que esta es la que prevalece, mientras que Perez Gonzalez y Alguer estiman que la decisiva es la primera, pues el juez, dicen, se limita a hacer constar si la adopción se ajusta a la ley y es conveniente al adoptado. Pero ha de tenerse en cuenta que sobre esta conveniencia impera el arbitrio judicial. Puig Peña (Las situaciones finales..., cit., R.D.P. n.º 381, p.1048, n.º 6) opina que ambas bases son decisivas. Pero si se admite que la adopción produce efectos inter partes a partir de la aprobación judicial, no cabe duda que esta es la que prevalece. En cambio, si se admite la doctrina del acto-procedimiento todas tendrán igual valor.

(54) Vid. lo dicho en pág. 12.

(55) Valverde (ob. cit. p. 468 y ss.) añade el de ser un acto civil condicionado por el consentimiento de los adoptados y la intervención judicial, pero como quiera que estos no actúan como verdaderas condiciones, sino como requisitos (condiciones legales e impropias) no creemos convenientes señalar este carácter que puede inducir a error.

(55 bis) Vid. F. de Castro y Bravo: Compendio de D.º civil (Apéndice): La reforma del C. c. (L. de 24-4-58), I.E.P., Madrid 1.958, p. 16.

(56) Para más amplia exposición del tema, vid. Sánchez Román, Estudios cit. t. V, vol. 2.º, 2.ª edic. 1.912, pp. 1078-1080.

(57) La Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) ha consagrado diversos comunicados a la adopción. Vid. sobre el particular el vol. III, n.º 6, año 1.949, de la International Child Welfare Review dedicado a la adopción como problema internacional.

(58) Para una estadística más completa de las adopciones en Francia vid. Jossierand, D.º civil cit., p. 420, n.º 1; Planiol, Traité cit. 9.ª edit, t. I, p. 490; Colin et Capitant, Curso cit. p. 612 y Vismard, Traité cit. pp. 2 y 3. Este autor afirma que en 1.924 fueron homologadas 1.700 adopciones, mientras que en el informe de la Administración de Justicia civil, transcrito por Jossierand, figuran 1.675.

(59) Sin embargo es curioso recordar que los redactores del Código Napoleón no se inspiraron directamente en las doctrinas romanas, sino en el Código prusiano de 1.794.

(60) El cual le dedicaba el tít. VII del lib. I, aa. 202 a 219, dividido en dos capítulos bajo las respectivas rúbricas de "De la adopción y sus efectos" (aa. 202-212) y "De las formas de la adopción" (aa. 213-219).

(61) Cfr. Champeau y Uribe, Tratado de D^a civil colombiano, t. I, 1.899, n^o 492.

(62) Vid. Demolombe, Cours de Code Napoleon, 4^a édit. 1869, t. VI, n^o 6; Planiol, Traité élém. Dr. civ. 1^a edit. 1900. t. I, n^o 2326; Baudry-Lacantinerie, Précis de Dr. civ., 7^a edit. 1899, mms. 1.091 y ss.; Id., Houques, Chéniaux, Pourcade y Bonnecasse, Traité de Dr. civ., t. V, Des Personnes, 3^a edit. 1903, mms. 1 y ss., especialmente del 1 al 89.

(63) "L'adoption est une institution tombée aujourd'hui en désuétude et qui n'a jamais joué de rôle importante dans le droit de famille moderne" (L'adoption, étude de Droit civil comparé, thèse, Lausanne, 1.914). ¡Qué lejos de convertirse en realidad parecía el pronóstico de Berlier cuando, al presentar el proyecto de ley, precisaba que esta institución "sera au premier rang de celles qui sont dans l'intérêt de la société"! (Fenet, t. X p.247)

(64) Lib. I, Tit. VIII "Delle Persone e della famiglia", aa. 291-314, dividido en dos capítulos: "Dell'adozione e dei suoi effetti (aa. 291-310) y "Delle forme dell'adozione" (aa. 311-314). Se refieren, además, a la adopción los aa. 304 y 468, relativos a los derechos sucesorios del adoptado y sus descendientes.

(65) Arts. 283-306; la entrada en vigor de este Código, que debería haber tenido lugar en 1940, ha sido aplazada indefinidamente,

(66) Cfr. Planiol, Ripert et Boulanger, Traité Dr. civ., t. I, n^o 1.583.

(67) Leyes de Brandeburgo, Mecklemburgo, Sajonia y Turingia, de 20, de mayo, 30 de setiembre, 28 y 4 de mayo de 1948 respectivamente.

(68) La ley federal de la República de Bonn de 29 de marzo de 1951 admite como intermediarias a instituciones privadas.

(69) Vid. Cretin, M. y Mme. de: Les oeuvres privées d'adoption, en la Revista Sauvegarde de l'enfance, mayo 1951, p. 424.

(70) La Adoption of Children (Regulation) Act 1939 inglesa se inspiró en el deseo de poner fin a las actividades de ciertas sociedades "intermediarias", cuyo número había aumentado por consecuencia de autorizar la adopción la ley de 1.926.

(71) Castán Tobeñas, J.: D^a civil, 1942, cit., p. 219.

(72) Kornitzer, Margaret: Child adoption in the modern world, Putnam edit., London 1.952.

(73) Vid. Creak, Mildred: Psychiatric aspects of adoption,

en "Journal of the medical womens federation", 5 de enero de 1952, págs. 35-38 y Michel-Wolfrom: Psychisme et stérilité, en Revue française de gynécologie et d'obstétr., 8 de mayo de 1.953.

(74) Vid. Leahy, Alice: Some characteristics of the Adoptive parents, en The american journal of Sociology, vol. XXXVIII, nº 4, enero 1.933, págs. 548-563.

(75) Cfr. Baugniet, M.: Quelques aspects de l'adoption aux Etats-Unis, en Le service social, año XXX, nº 3, mayo-junio de 1.952, págs. 97-114.

(76) Cfr. Alliez, J. y Jaur, T.: Incidences médicales et psychologiques de l'adoption à propos d'une série de cas difficiles, en Sauvegarde de l'Enfance, mayo 1.951, pp. 366-378. Greak, M.: Le développement des adoptions d'enfants, en Educateurs, Paris, marzo-abril 1953, pp. 143-144. Sobre la triste herencia del alcoholismo, vid. Brousseau, A.: Hérité et alcoholisme, en Semaine des Hôpitaux, 3 de octubre de 1.941, especialmente p. 663, y Brugger, C.: Familie Untersuchungen bei Chronischen Alkoholiken, en Zeitschrift für Neurologie, 1934, págs. 151 y ss., y 1.936, pp. 154 y ss. El profesor Heuyer y sus colaboradores se han ocupado también de estos problemas: vid. Heuyer, G., Desclaux, P. y Tesseyre, J.: Etude de 138 cas de situations difficiles au cours de l'adoption, en Sauvegarde cit., nº 5, mayo 1951, pp. 357-366.

(77) Heuyer y colaboradores ob. cit. en nota anterior.

(78) Vid. el Journal des œuvres de l'enfance, junio 1953, nº 71, págs. 1-14.

(79) Cfr. Process of supervision in adoption placements: a report of the interagency discussion group of New-York City, en Child Welfare, vol. XXI, noviembre 1952, nº 9, pp. 8, 9, 12-14. Baugniet, M., ob. cit. en nota 75.

(80) Vid. Launay, Cl. y Mma. Schalow: Doit-on révéler à l'enfant adopté le secret de sa naissance?, en Sauvegarde de l'Enfance, nº 5, mayo 1.951, págs. 379-389.

(81) Vid. Heuyer y colaboradores, ob. cit. y Considerations sur des échecs d'adoption d'enfants (XXIV Congreso Internac. de Medicina legal) en Annales de Médecine légale, nº 1, enero-febrero 1.949, págs. 16-21.

(82) Bien claramente se manifiesta la exposición de motivos de la ley de 24-4-58: "El arreglo de los intereses contrapuestos, que existen en ^{tre} los parientes naturales, con los que el adoptado

está unido por vínculos de sangre, y la nueva familia adoptiva, constituye la dificultad mayor con que la reglamentación legal de la adopción tropieza. La solución que se da en el caso de la adopción plena es sin duda radical, pero no podía ser de otro modo si se quiere cortar de raíz el temor de interferencias abusivas de la familia natural en el círculo de la familia adoptiva."

(83) Tácito, Anales, XII, 26: "rogataque lex qua in familiam claudiam et nomen Neronis transiret". De donde resulta que fué una arrogación, regularmente votada por los comicios, la que hizo entrar a Nerón, atribuyéndole este nombre, en la familia Claudia.

(84) Vid. Girard, Manuel élém. de Dr. romain, 6^a edit., p. 174, n. 4.

(85) Por D. de 25-1-1793. Apenas existe aquí mas que un mero título honorífico; sin embargo, cuando la interesada quiso contraer matrimonio, la Convención deliberó sobre el extremo de si era necesario dar su consentimiento.

(86). La institución de los Pupilos de la Nación había sido ya prevista por las leyes de 13 de diciembre de 1830, 13 de junio de 1850 y 26 de marzo de 1871. Cobró actualidad con motivo de la última guerra mundial, dictándose la ley de 15 de abril de 1943 y el Decreto de 24 de abril de 1951. Vid. Peyrat, L'adoption des pupille de l'Etat, en Sauvegarde de l'enfance, mayo 1949. Instituciones semejantes se encuentran, a partir de la guerra del 14, en Bélgica, Bulgaria e Italia, donde fué regulada por L. de 6 de dic. de 1925.

(87) Art. 346: "L'adoption ne pourra en aucun cas, avoir lieu avant la majorité de l'adopté. Si l'adopté, ayant encore ses père et mère, ou l'un des deux, n'a point accompli sa vingt-cinquième année, il sera tenu de rapporter le consentement donné à l'adoption par ses père et mère, ou par le survivant; et s'il est majeur de vingt-cinq ans, de requérir leur conseil."

(88) Vid. Bandry-Lacantinerie, Traité cit., 1905, que estudia como diferentes clases de adopción la remuneratoria (pp. 41 y ss.), la testamentaria (pp. 45-50) y la contractual (pp. 50 y ss.). Flaninot, Traité cit., 1922, dedica diferentes capítulos (pp. 490 y ss.) a la adopción entre vivos y a la testamentaria.

(89) Los aa. 3^a y 4^a de la L. de 17 de abril de 1.957 disponen: "Pendant une période de deux années à compter de la promulgation de la présente loi, la légitimation adoptive pourra être demandée dans les conditions prévues par la présente loi, même si l'enfant est âgé de plus de cinq ans au jour du dépôt de la requête en légitimation adoptive. - Les dispositions... de la présente loi sont applicables aux enfants orphelins de guerre ainsi qu'aux enfants abandonnés par suite de faits de guerre et dont les parents

sont inconnus ou disparus, recueillis pendant leur minorité et antérieurement à la promulgation de la présente loi par des personnes qui avaient déjà des enfants ou des descendants légitimes."

(90) Salvo la excepción prevenida en el párr. final del a. 344: "La naissance d'un ou plusieurs enfants ou descendants légitimes ne fait pas obstacle à l'adoption, par deux époux, d'un enfant qu'ils auraient recueilli antérieurement à cette naissance." (Añadido por el a. 1º de la ley de 17 de abril de 1.957)

(91) Vid. Vaz Ferreira, E. y Zajtay, I.: La légitimation adoptive en France et en Uruguay, en *Revue Internationale de Droit comparé*, 1.954.

(92) La Comisión de Justicia del Senado belga, durante la preparación de la ley de 1.940, había estimado que podría existir inconveniente en privar a los presuntos adoptantes de la posibilidad de "vérifier eux-mêmes de plus près si l'assistance donnée à l'adopté développe, entre ses tuteurs officiels et lui-même, un attachement suffisant pour qu'ils s'unissent par les liens d'une parenté adoptive". (Vid. X. Carton de Wiart: *L'adoption et la tutelle officielle*, Louvain, 1.940, p. 101).

(93) Vid. Bonet: *Dº de familia y sucesiones*, Madrid 1940, p. 374.

(94) *Giurisprudenza Italiana*, 1.943, I, 1, 136.

(95) *Idem. id.* 1.950, I, 2, 622.

(96) *Foro Italiano*, 1.951, I, 41.

(97) Vid. Amati, Ricardo: *Le Droit des Personnes et le Droit de famille dans le nouveau Code civil italien*, en *Bull. de la Sec. de Législ. comp.* 1939, p. 341, y la nota en el *Bull. de l'Union des sociétés de patronage*, 1939, págs. 316-y ss.

(98) Vid. Bochko, V. I.: *Esquisses du Droit soviétique de la famille*, completados por Riassentsov, V. A., Kiev, 1952, p. 229; *Recueil des commentaires du T. S. de la U.R.S.S.*, 1935, p. 316.

(99) Es un derivado de un verbo eslavo que significa aceptar, admitir, acoger.

(100) Según las leyes del tít. XVI de la Partida IV y la ley 7ª del tít. VII de la misma Partida, el "porfijamiento de ome que es por sí et non a padre carnal" se llamaba arrogación y debía hacerse por otorgamiento del Rey, y el de "ome que a padre carnal et es en poder del padre" se denominaba adopción, debiendo hacerse por otorgamiento o con autorización judicial.

(101) En el Derecho justinianeo la adopción plena producía todos los efectos de la agnación, mientras que la menos plena deja al adoptado en su familia natural y este simplemente adquiere derechos sucesorios en la herencia del adoptante.

(102) "La terminología legal es muy censurable; las palabras de legitimación adoptiva rimen. El hijo que se beneficia de esta forma de adopción no está legitimado. Se ha querido subrayar simplemente que se le trataba como a un hijo legítimo" (Josserand, D^e civil cit., t. I, vol. 2^a, 1.950, pág. 434).

(103) Vid. Exp. Mot. ley 25-4-58: "Limitada ha sido la reforma de la adopción menos plena, que se configura en términos muy semejantes a los que el C. c. ha venido dedicando a la única clase de adopción por él admitida."

(104) No hay que confundir con el prohiAMIENTO el periodo que previamente a la adopción se establece para mejor asegurar el éxito de ésta o mientras dura su tramitación.

(105) Mucius Scaevola, Comentarios cit. pp. 403-407.

(106) El abandono y reconocimiento tardío de hijos naturales, en Rev. valenciana de D^e, n^o 3, 1944, pp. 17-24 y n^o 4, pp. 3 y ss.

(107) Sin embargo, una tal manera de expresarse no es perjudicial, pues sirve para indicar que los requisitos de forma se prestan, en cierto modo, como inseparables de los de fondo, a los que complementan, en el modo y manera que destaca la S. de la sala I^a del Trib. civ. del Sena de 10 de febrero de 1.948 (S. 48.2.137; D. 49.J.368) al decir: "qu'en Droit français, ces conditions de fond de l'adoption sont inséparables et font, à vrai dire, partie intégrante de certaines règles qui, sous l'apparence de règles de forme et de procédure, ont en réalité pour objet d'habiliter les parties à procéder à l'adoption et d'assurer, dans l'intérêt de ces parties et principalement de l'adopté, un contrôle jugé indispensable par le législateur, en raison de l'importance d'une opération aussi grave, juridiquement et socialement; que parmi ces formalités habilitables indissociables des conditions de fond, figure, dans notre législation, l'autorisation judiciaire, sous forme de l'homologation pré et régie par les articles 360 et suivants du Code civil..."

(108) Nuestra sistemática hemos visto que la emplea también Josserand (D^e civil, t. I, vol. 2^a cit, p. 419 ss.). Existen otras menos ventajosas, como la de distinguir los requisitos subjetivos de los objetivos o, la que análogamente al matrimonio, los diferencia en previos (consentimiento, edad), simultáneos (escritura) y posteriores (inscripción).

(109) La legislación de Quebec (Estatutos revisados, 1941,

cap. 324, a. 4º) exige que la religión del adoptante sea la misma en que fué bautizado el adoptado.

(109 bis) F. de Castro: Compendio cit., pág. 31.

(110) Vid. Demolombe: Cours de Code Napoleon, 4ª edit. t. VI, nº 12.

(111) Vid. Mucius Saxevoia, Comentarios cit. p. 391; en el mismo sentido Valverde (Tratado, 4ª edic. t. IV cit. p. 475) y Manresa (Comentarios al C. c., 6ª edic. 1945, t. II).

(112) Mucius Saxevoia, Comentarios cit. p. 403.

(113) Las objeciones formuladas pueden reducirse a las siguientes:

1ª. Sería unastentado a la familia legítima. Este argumento es más filosófico que práctico y responde, en todo caso, a la antigua concepción de la adopción, cuando tenía por único objeto proporcionar un sucesor al jefe de familia que carecía de hijos.

2ª. La introducción del adoptado en la familia del adoptante podría perjudicar los derechos e intereses de los hijos legítimos, quienes deberán compartir con aquel el cariño de sus padres y la herencia futura. Este es el argumento tradicional, cuyo valor es escaso pues el cariño es perfectamente compatible y la ley se cuida de reservar a los hijos por la sangre derechos preferentes a lo del adoptado (v. gr.: a. 174, párrs. 2ª, 4ª y 6ª), de tal modo que este no participa en la legítima del hijo legítimo, ni concurre con él en el derecho a alimentos, etc.

3ª. La presencia de uno o varios hijos legítimos puede comprometer el éxito de la adopción; tarde o temprano aparecerán los celos, las discusiones y las desavenencias. Esta es la más grave dificultad que puede oponerse, pero cabe argumentar: ¿Es que acaso no existan esas envidias entre hermanos legítimos? Por otra parte, los numerosos ejemplos de los países anglosajones demuestran que estas objeciones no son de tener, antes al contrario, reina más armonía en el seno de las familias donde se reúnen hijos legítimos y adoptivos. Precisamente esta fué la causa de que en las discusiones hechas con motivo de la redacción de la ley inglesa Adoption Act 1956 no se tocara este punto, toda vez que la experiencia ha demostrado no existir tal problema. Debe tenerse también en cuenta que la situación del hijo único, sea o no adoptivo, es la menos favorable para el desarrollo de su personalidad, mientras que la convivencia del hijo legítimo con el adoptivo solo puede reportar mutuas ventajas. Lo interesante es desarrollar en los muchachos sentimientos de fraternidad y reparto, al mismo tiempo que la emulación, lo cual se consigue cabalmente una vez superado el período inicial de celos, que se presenta en casi todas las casas cuando un niño ve llegar a otro nuevo. Este peligro es el mismo que existe al adoptar a varios niños, cosa perfectamente posible en nuestro Derecho y que nadie ha pensado prohibir.

40. Semejante medida facilitaría la introducción en la familia de los hijos adulterinos. Se ocha por tierra este argumento con pensar que según la actual regulación, si la adúltera es la esposa es muy probable que el hijo adulterino sea introducido en la familia automáticamente, por la dificultad de probar la paternidad, salvo el caso del a. 108, párr. 2º. ¿Es que deben pagar los hijos las culpas de los padres? Además, esta disposición podría limitarse a los casos en que la madre haya abandonado a su hijo adulterino o haya perecido.

(114) Vid. Doc. Parl. 1947, p. 1.208 n.º 1089 y 1948 n.º 4845.

(115) L'adoption ne produit ses effets entre les parties qu'à partir du jugement ou de l'arrêt d'homologation. Les parties sont liées dès l'acte d'adoption.- L'adoption n'est opposable aux tiers qu'à partir de la transcription du jugement ou de l'arrêt d'homologation."

(116) Comentarios cit., p. 118.

(117) El parágrafo 1.746 del E.G.B establece: "Quien está casado solo puede adoptar o ser adoptado con consentimiento de su cónyuge.- El consentimiento no es necesario si el cónyuge no está en situación para la emisión de una declaración duraderamente o si su paradero es duraderamente desconocido."

El a. 345 del C. c. belga requiere el consentimiento del cónyuge del adoptante a menos que haya sido declarado ausente o exista separación de cuerpos.

Según el a. 1.573 del C. c. griego una persona casada no puede adoptar ni ser adoptada sin el consentimiento de su cónyuge, salvo que se encuentre imposibilitado de manifestar su voluntad sea por demencia o por cualquiera otra causa.

El a. 3º de la ley islandesa n.º 19 de 11 de febrero de 1953 dice que un esposo puede ser autorizado a adoptar sin el consentimiento del otro si este no tiene residencia conocida, es demente o padece debilidad mental. El a. 3º de la ley noruega de 21 de diciembre de 1956 se expresa en parecidos términos y el cap. IV, a. 3º de la ley sueca de 10 de junio de 1949 sienta el principio de que los esposos solo pueden adoptar en común; sin embargo, uno de ellos podrá, con el consentimiento del otro, adoptar a sus propios hijos naturales y a los legítimos o adoptivos de su consorte. Si uno de los cónyuges está enajenado, es débil mental o se ignora su residencia, puede el otro adoptar solo. El a. 65, párr. 2º de la ley checoslovaca de 1º de enero de 1.950 dispensa al cónyuge de obtener el consentimiento de su consorte cuando este sufre interdicción o existe un obstáculo difícilmente superable.

El a. 297 del C. c. italiano se manifiesta diciendo: "Se l'adottando o l'adottante sono coniugati, è sempre necessario l'assenso del coniuge", mientras que la legislación brasileña no exige este requisito.

Entre nosotros, Condomines (La adopción.- El Código civil y proyectos de reforma, Barcelona 1.957, págs. 13 y 14) estima que la exigencia del consentimiento del cónyuge "volviendo a la unidad de persona, carece de justificación". Mas es preciso que los cónyuges estén de acuerdo en punto tan importante.

(118) La rebaja de la edad parece insuficiente en la adopción plena, para la que debería bastar con los cinco años de matrimonio sin haber tenido descendencia, ya que si se aspira a que el adoptado encuentre un verdadero hogar, la edad de los adoptantes debe aproximarse lo más posible a la que tendrían los padres verdaderos, es decir, unos veinticinco a treinta años, que ya se alcanzarían con la sola exigencia de los cinco años de matrimonio, pues son raros en España los que se casan antes de los veinte años. En este sentido se manifiesta la reunión de expertos en materia de adopción que tuvo lugar en Nueva York (1952) bajo los auspicios de la O. M. S.: "La vida normal de la familia se ve facilitada cuando la edad de los padres adoptivos es aproximada a la edad normal de los padres por naturaleza. La exigencia de que los padres adoptivos tengan 35 o 40 años parece que no puede redundar en beneficio del adoptado." Y en Gran Bretaña ciertas sociedades de adopción no toman en cuenta las solicitudes de personas que han alcanzado los 40 años. Las reuniones de los diferentes Organismos franceses sobre el particular han llegado a la conclusión de que la edad que cuenta con más partidarios es la de treinta años.

Condomines (ob. cit., p. 14) refiriéndose a la adopción conjunta (a la que se puede aplicar lo anterior) manifiesta que "vuelve a hacer incomprensible el requisito de edad, máxime cuando, cual ocurre con cierta frecuencia, la diferencia entre ambos esposos es notable. Hemos conocido casos de matrimonios contraidos muchos años atrás, sin esperanza ninguna de sucesión, en los que solo ha podido adoptar el marido puesto que a la esposa le faltaban todavía diez años para alcanzar la edad legal." Aquí debiera bastar con que la edad legal se exija solo a uno de los cónyuges.

(119) Al contrario de lo que sucede en la adopción menos plena, en que pueden adoptar conjunta o sucesivamente. Por eso decía Manresa con referencia a la legislación anterior: "Se permita que coincida la manifestación de voluntad de ambos cónyuges, pero no es preciso que lo sea en un solo acto. No deja de haber adopción conjunta aunque ambos cónyuges otorguen la respectiva escritura en momentos distintos" (ob. cit. p. 109).

Exigen la concurrencia de ambos cónyuges a la adopción (no basta el mero consentimiento) las legislaciones de Dinamarca (L. 25 mayo 1956, a. 3º salvo excepciones), Japón (aa. 795 y 796 C. c. salvo que uno de los cónyuges esté imposibilitado de manifestar su voluntad), Holanda (a. 344 C. c.) y Venezuela (a. 272 C. c.).

(120) El adoptado, además de ser menor, no debe estar casado; la ley de 1.923 autorizaba la adopción de una persona casada, mas

esta regla desapareció el año siguiente, de dónde ha de concluirse la imposibilidad de adoptar a una persona casada, incluso menor (Vid. Trudel, G.: *Traité de Dr. civ. de Quebec*, t. II, p. 155).

Vid. J. Castán Tobeñas: *Hacia un nuevo Derecho civil*, Madrid, 1.933, p. 163.

(120 bis) Condomines Valls, F.: *La adopción*.— El Código civil y proyectos de reforma, Barcelona 1937, pp. 33-34.

(121) Esta es precisamente la razón por la que se permite la impugnación de la adopción en el supuesto del a. 175, nº 2º.

(122) Arts 296 del C. c. italiano: "Per l'adozione si richiede il consenso dell'adottante e dell'adottando.— Se l'adottando non ha compiuto gli anni diciotto, il consenso é dato dal suo legale rappresentante; se ha compiuto gli anni diciotto, ma non ancora gli anni ventuno, il rappresentante legale deve dare il suo assenso.— Se l'adottando ha compiuto gli anni dodici deve essere personalmente sentito."

(123) Comentarios cit., pág. 118.

(124) Esto no impide que los tribunales ingleses se muestren exigentes en la obtención del consentimiento, especialmente respecto al materno. En cambio, los tribunales escoceses tienden a aprobar la adopción en ausencia de este consentimiento si la madre ha abandonado a su hijo y es difícil encontrarla (Kornitzer, M.: *Child adoption in the modern world*, 1.952, pág. 218).

(125) Arts 345 del C. c. francés de 1.804: *La faculté d'adopter ne pourra être exercée qu'envers l'individu à qui l'on aura, dans sa minorité et pensant six ans au moins, fourni des secours et donné des soins non interrompus, ou envers celui qui aurait sauvé la vie à l'adoptant, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots.*— Il suffira, dans ce deuxième cas, que l'adoptant soit majeur, plus âgé que l'adopté, sans enfants ni descendants légitimes; et s'il est marié, que son conjoint consente à l'adoption."

(126) "Si algun ome tomar al ninno o la ninna echada, é lo criar, é los padres de connocieren despues; si los padres son omes libres dan un siervoppor el filio o el precio. E si non quisieren facer, el juez de la tierra los deve facer redemir el filio que es ron; e los padres deven ser echados por siempre de la tierra. E si non ovieren de que lo puedan redemir, aquel que lo echo sea siervo por el. Y este pecado ó quier que sea fecho en toda la tierra, el juez lo deve acusar e penar."

(127) Si algún ninno o otro de mayor edad fuese desechado por su padre o por otro, sabiendolo el, e consintiendo su padre, no

haya mas poder en el, ni en sus bienes, ni en vida ni en muerte; y esto mesmo sea de madre o de otro qualquier que lo habie en poder."

(128) Verguenza o crueldad o maldad mueve a las vegadas al padre o la madre en desamparar los fijos pequenños, echándolos a las puertas de las Egleſias, e de los Ospitales, e de los otros lugares... E por ende dezimos, que si el padre o la madre demandare a tal fijo o fija despues que lo a echado e lo quier tornar en su poder, que non lo pueda facer..."

(129) S. de 18 de setiembre de 1.865: "Según dispone la ley IV, tít. XX, Partida IV, para que el padre o la madre pierdan el poderio que han sobre sus hijos, es necesario que por vergüenza o crueldad o maldad los desamparen siendo pequeños, echándolos a las puertas de las Iglesias, Hospitales o de los otros lugares; y que una vez así abandonados, no pueden después volverlos a su poder. Esta ley, como de carácter personal y odioso, debe aplicarse según sus literales palabras, sin dar a estas una extensión mayor que la que en sí tienen."

(130) Arts 584, nº 15 del C. p.: "Serán castigados con la pena de... 15. Los que en la exposición de niños quebrantaren las reglas o costumbres establecidas en las localidades respectivas, y los que dejaren de llevar al Asilo de expósitos o lugar seguro a cualquier niño que encontraren abandonado."

(131) "Se advertirá a las madres, cuando así sea preciso, de los derechos y obligaciones que incumben a la función maternal, indicándoles la conveniencia de mantener, en su propio interés y en el de su hijo, estrecho contacto con este, atendiendo a su orfandad, cuando menos en sus primeros meses dentro de la Institución. Se procurará con esto por el personal de la oficina receptora registrar, en lo posible, los casos de abandono, convenciendo a las madres de que su sitio predilecto debe ser aquel del que podrán disponer en la propia Institución para educar a su hijo." (Artº 4º, párr. final del Regl. de la Inclusa de Madrid).

La noción de "enfant abandonné" en el sentido del a. 368 del C. c. francés, reformado por L. de 8 de agosto de 1.941, ha sido definida frecuentemente por la jurisprudencia, sea a título preventivo, sea "a posteriori", al resolver sobre la nulidad de la adopción (Vid. Trib. civ. Briançon S. 25 de mayo de 1.946, Revue trim. Dr. civ. 1947, p. 317; S. trib. Grenoble de 12 de mayo de 1.948, Revue cit., 1.948, pág. 464).

(132) Porque en la mayor parte de los casos es posible que los padres recuperen la patria potestad.

(133) Vid. Lagarde, *Catoni Jurisprudence française en matière de Droit civil. A.- Personnes et droits de famille*, en *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1.949, págs. 402 y ss.

(134) El autor citado en la nota anterior se pregunta: - ¿Basta que un hijo natural no sea reconocido para que sus padres sean reputados desconocidos en el sentido del a. 368? La negativa se impone (Rev. cit. p. 404). Si los padres son conocidos de hecho y si ambos no han abandonado al hijo, continúa, la legitimación adoptiva es imposible; el arrepentimiento o la mala fé de la madre podría conducirla a perturbar la tranquilidad de la familia adoptiva cosa que el legislador ha querido evitar. Si el padre conoce de hecho es culpable de adulterio o incesto, subsiste el mismo peligro de chantaje moral; pero es difícil calificar jurídicamente de "padre conoce" al que carece del derecho a hacerse conocer y que nadie tiene el derecho de desenmascarar, de suerte que ni posee el interés necesario para impugnar la regularidad de la adopción. El niño confiado por su madre provisionalmente a una obra no debe considerarse abandonado (en contra, la S. del Trib. de Grenoble de 19 de enero de 1.949, J. C.P., 1949.II.4912).

(135) "Las adopciones se llevarán a cabo en todos los casos con arreglo a las disposiciones vigentes, a cuyos preceptos será ajustada la tramitación de los respectivos expedientes y condiciones que a estos efectos deban reunir los solicitantes. Por delegación del Excmo. Sr. Presidente de la Corporación Provincial, se considera autorizado el Director de la Institución para suscribir las actas notariales oportunas, sin perjuicio de que dicha Autoridad acuda personalmente cuando lo crea conveniente a formalizar las actas de defunción.- Los prohijantes de acogidos de la Institución vendrán obligados a adoptar al niño o niña que tuvieran en su poder, en el momento en que reúna las condiciones que para la adopción se consignan en la legislación vigente (a. 86 Regl. Incl.

(136) Tratado, t. IV, 4ª edic. cit. p. 474, nota 2.

(137) Comentarios, 6ª edic, t. II, cit., pág. 108.

(138) Comentarios cit. pág. 411.

(139) Vid. Manresa, p. 108 cit. en ob. de la nota 137.

(140) Sobre esta cuestión se puede consultar: Baudouin, Louis Le Droit civil de la Province de Québec, 1953, libro III, 2ª cap. IV, y Trudel, Gerard; Traité de Droit civil de Québec, t. II, págs. 141 y ss.

En el Estado americano de Delaware los padres por la sangre del adoptado pueden dispensar de la identidad de religión normalmente exigida, y los Estados de New-York e Illinois solo la exigen en la medida de lo posible. En Noruega, por el contrario, el adoptado debe ser instruido en la religión profesada por el adoptante, salvo pacto contrario en la escritura (L. 21 dic. 1956, a. 11).

(141) Este artº prohibía la adopción entre personas pertene-

cientes a la raza aria y de otra raza, salvo dispensa especial.

(142) Dicha ley establecía que la adopción debía denegarse "siempre que, desde el punto de vista de la familia del adoptante o del interés general, existiesen fundados motivos para oponerse al establecimiento de un vínculo familiar entre las partes" y los teóricos del Derecho nacional-socialista llegaron a admitir que este principio permitía al juez denegar la aprobación, por motivos raciales, a la adopción convenida entre dos particulares. Vid. H. Neider: Zur Anfechtung von Kindesannahmeverträgen, Deutsches Recht 1938, p. 32.

(143) El varón soltero no puede adoptar a una mujer salvo que concurran circunstancias especiales apreciadas por el Tribunal.

(144) a. 5ª de la ley de 5 de noviembre de 1.948.

(145) Arts 174 del C. c.

(146) Cap. 324 de los Estatutos revisados de 1941, a. 3ª; excepcionalmente se permite la adopción, aún entre personas de diferente sexo, al viudo o viuda para regularizar una adopción existente de hecho con anterioridad a la muerte de su cónyuge.

(147) La prohibición reza para el hombre soltero, quien no puede adoptar a una niña.

(148) Vid. nota 125.

(149) Arts 291 del C. c. italiano: L'adozione è permessa alle persone che non anno discendenti legittimi o legittimati, che anno compiuto i cinquanta anni e che superano almeno di diciotto anni l'età di coloro che essi intendono adottare."

"Quando eccezionali circostanze lo consigliano, la corte di appello può autorizzare l'adozione se l'adottante ha raggiunto almeno l'età di anni quaranta e se la differenza di età tra l'adottante e l'adottato è di almeno sedici anni."

(150) La cuestión pareció suficientemente delicada para que el T. S. cambiase dos veces de parecer; después de haberse pronunciado por la afirmativa (Civ. 28 abril 1841, D.P. 841.1.136) y más tarde por la negativa (Civ. 16 de marzo 1843, D.P. 843.1.97) volvió a su primera opinión (Civ. 1ª abril 1846, S. 846.1.373; D.P. 846.1.81) y en ella permanece resueltamente (req. 13 junio 1882, D.P. 882.1.308). Vid. Josserrand, Dª civ. cit., t. I, vol. 2ª pp. 422-23

El proyecto de reforma del Código civil francés solo permite la adopción de los hijos adulterinos por los dos esposos, y las leyes alemana (8-8-950) y argentina (23-9-948) solo exigen que si el adoptado es mayor de 14 años dé su consentimiento.

(151) Artº 349: Si le mineur n'a plus ⁿⁱ père ni mère, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le consentement es donné par le conseil de famille.- Il en est de même si le mineur est un enfant naturel qui n'a point été reconnu, ou qui, après l'avoir été, a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté.

(152) Vid. sobre el particular: Phaniol et Rouast, Traité pratique de Dr. civ. français, t. II, La famille, nº 1.007; Lagarde, Comentario a la S. del trib. civ. de Briançon del 24 de mayo de 1.946 en la Revue trim. Dr. civ., 1947, págs. 317 y ss.

(153) Ob. cit. págs. 35 y 36.

(154) Ob. cit. pág. 615.

(155) "L'adoption conféra le nom de l'adoptant à l'adopté, en l'ajoutant au nom propre de ce dernier.- Toutefois, si l'adopté est un enfant naturel non reconnu, le nom de l'adoptant pourra par l'acte même de l'adoption, et du consentement des parties, lui être conféré purement et simplement, sans être ajouté à son propre nom".(Artº 347 del C. c. de 1.804, reformado por L. 13-2-909).

(156) Jossierand, Dr civ. cit. t. I, vol 2º pp. 422-423.

(157) Notas al Curso de Colin et Capitant, pág. 623.

(158) Comentarios cit. pág. 401.

(159) "I figli nati fuori del matrimonio non possono essere adottati dai loro generatori.- Non può tuttavia essere dichiarata la nullità dell'adozione se, al momento in cui questa avvenne, la qualità di figlio naturale dell'adottato non risultava da riconoscimento o da dichiarazione giudiziale.- Il riconoscimento posteriore all'adozione non ha effetto se non ai fini della legittimazione.- Se l'adottato è un figlio naturale non riconoscibile, dal quale la filiazione risulta in uno dei modi indicati nell'articolo 279, può essere sempre dichiarata la nullità dell'adozione (a. 293)

(El a. 279 admite los siguientes medios de prueba, en concepto de supletorios y a efectos de alimentos: sentencia civil o penal, matrimonio declarado nulo, inequívoca declaración escrita de los padres).

(160) No pueden adoptar los padres a sus hijos ilegítimos.

(161) Los hijos nacidos fuera del matrimonio no pueden ser adoptados por sus progenitores.

(162) En estos Estados el padre puede adoptar a su hijo adulterino reconociéndolo públicamente (by public acknowledgement) y recibéndolo en su familia como hijo, aún sin consentimiento de su mujer.

(163) Regida fundamentalmente por el Dattaka Mimansa, debido a Nandapandita (siglo XVII) y el Dattaka Chandrika, que se supone escrito por el bengalés Kubera en el siglo XVIII.

(164) La madre natural puede adoptar a su hijo conjuntamente con su esposo, siempre que sea mayor de edad, aunque no tenga los 25 años que se exigen normalmente para poder adoptar.

(165) En Quebec (cap. 324, a. 6º de los Estatutos) se permite la adopción siempre que no suponga un conflicto entre las familias adoptiva y de origen. Así, en principio, solo se permite a favor de los hijos ilegítimos de cuyo mantenimiento y educación no se han cargado sus padres; de hijos legítimos, huérfanos de padres o si tolos están privados definitivamente de razón y los ascendientes no los toman a su cargo; y a favor de los hijos legítimos huérfanos de padre o madre cuando son adoptados por sus abuelos (padre y madre del difunto). Vid. Baudouin, op. cit. p. 252.

No existe una razón suficientemente poderosa para impedir tales adopciones. Respecto a la de los hijos adulterinos se ha dicho que fomentaría las uniones ilícitas. Aunque esto fuese verdad, cosa que dudamos, ¿van a pagar los hijos culpas de sus padres? He aquí los términos en que se expresa un autor: "En principio, me inclinaba por la prohibición de que pudiera ser adoptado el hijo adulterino, pero he cambiado de parecer, al leer un mensaje navideño del Santo Padre —se refiere a Pío XII— en el que deja entrever su pensamiento en aquellas bellísimas frases. "Sucede a veces, que el hombre al volver después de una larga ausencia, acaso de un cautiverio de guerra, al amado hogar, ve sonreír o siente dar vagidos a una de aquellas cunas, que se han llamado justa y dolorosamente "cunas trágicas". Se siente conmovido por la piedad, después de un momento de vacilación y de lucha interna, se acerca, y se inclina ante aquella cuna; besa la frente del pequeño, también él víctima inocente, y lo toma como suyo? Y añade: "Ante tales héroes de la caridad no se puede pasar sin admiración". (Faus Esteve, R.: Contestación al discurso de recepción del académico de número F. de A. Condomines en la Acad. de Jur. y Leg. de Barcelona, 1.957).

(166) Las formalidades de la adopción son solemnes, establecidas en interés público y, por lo mismo, inderogables por la voluntad de las partes (Manresa, Comentarios cit, pág. 117).

(167) Planiol, Traité élém. cit. 5ª edic. 1908, t. I, p. 516.

(168) C. c. francés de 1.804, a. 355: "Le tribunal, réuni en la chambre du conseil, et après s'être procuré les renseignements convenables, vérifiera: 1º. si toutes les conditions de la loi sont remplies; 2º. si la personne qui se propose d'adopter jouit d'une bonne réputation."

(169) Artº 363 del C. c. francés redactado por L. de 19 de

junio de 1.923: "La tribunal, réuni en la chambre du conseil, après s'être procuré les renseignements convenables, vérifie: 1°. si toutes les conditions de la loi sont remplies; 2°. s'il y a de justes motifs de l'adoption et si celle-ci présente des avantages pour l'adopté."

(170) Art. 312 del C. c. italiano: "La corte, assunte le opportune informazioni e sentiti i genitori dell'adottante, verifica: 1) Se tutte le condizioni della legge sono estate adempite; 2) Se colui che vuole adottare ha buona fama; 3) Se l'adozione conviene all'adoptando."

(171) El D. de 19 de mayo de 1.953 ha unificado el procedimiento de adopción en Costa Rica, estableciendo las mismas formas sea el adoptado mayor o menor.

(172) En la mayoría de las provincias canadienses la adopción declarada judicialmente no es definitiva sino después de un período probatorio de seis meses a un año.

(173) En esta información se investigan: a) las cualidades personales de los padres por la sangre y del adoptante, sus condiciones de vida y situación material y moral; b) el hecho de que los adoptantes no hayan sido privados de la patria potestad ni removido del cargo de tutor en los últimos 10 años; c) el hecho de que el adoptante aporte las garantías suficientes para el cumplimiento de los deberes que le impone la patria potestad; d) el estado de salud de los adoptantes y personas que con ellos convivan; e) todas las demás circunstancias susceptibles de ser tomadas en consideración para establecer la oportunidad de la adopción (a. 52 ley cit.).

(174) Es competente un tribunal especial compuesto de un magistrado especializado y dos asesores, uno de los cuales ha de ser obligatoriamente mujer. El tribunal debe asegurarse que la adopción se verifica en interés del adoptado, pudiendo dilatar discrecionalmente su decisión hasta el máximo de un año, durante cuyo período el adoptado es confiado provisionalmente a los adoptantes.

(175) En Nueva Gales del Sur es competente el Tribunal Supremo (Supreme Court), pudiendo celebrarse a puerta cerrada. El Ministerio de Educación puede hacerse representar por un funcionario del Welfare Dep. En Victoria, la adopción puede solicitarse tanto del T. S. como del Trib. de Condado (County Court), los cuales pueden establecer un período de espera o dictar una resolución provisional por el máximo de dos años.

(176) La adopción resulta de una decisión del Tribunal de Menores (Children's Court) del distrito. El procedimiento es público.

(177) La adopción resulta de la autorización emanada de un organismo llamado "An Bord Uchtála", es decir, el Consejo, integrado

por un Presidente y seis Miembros ordinarios nombrados por el Gobierno y remunerados (a. 8º y anexo I de la L. de 13-12-1952) requiriéndose la presencia del primero y de dos miembros para su actuación. La aprobación puede ser provisional hasta un máximo de dos años y subordinada a condiciones relativas al mantenimiento, educación y bienestar del adoptado.

(178) La adopción presenta unas características parecidas en los países del telón de acero y hasta el procedimiento viene a ser similar, siendo competente la oficina de tutelas. Así sucede en Hungría, Rumania, Yugoslavia y la U.R.S.S., porque que solo expondremos algunas ideas sobre el procedimiento seguido en ésta. Conforme a la disposición emanada de los tres Comisariados del Pueblo (Educación, Sanidad y Justicia) aprobada el 8 de abril de 1.943 por el Consejo de las Comisiones del Pueblo, la adopción es declarada, vía solicitud del adoptante, por los órganos de la tutela: el Comité ejecutivo del Soviet de región del domicilio del adoptado. La adopción se informa por la sección del Ministerio de Educación cerca del Comité ejecutivo del Soviet correspondiente. Este autoriza la adopción si, a la vista de los informes mencionados, está convencido de que la entrada del adoptado en la nueva familia redundará en beneficio de su educación e instrucción y se han observado estrictamente todas las condiciones legales. Contra la decisión que rechaza la adopción cabe recurso ante el órgano superior inmediato, en este caso el Comité ejecutivo del Soviet de región (crai). En todo caso, la decisión ha de ser registrada para que surta efectos jurídicos.

(179) La adopción resulta de la decisión del Director del State Children Department, la cual puede ser anulada discrecionalmente por el Governor in Council. Cabe una decisión provisional por un tiempo máximo de seis meses, durante el cual, salvo dispensa del citado Director, el adoptante está sometido al control de los organismos establecidos por la Infant Life Protection Act.

(180) El procedimiento de la adopción se regula en los aa. 3 a 13 del D. de 19 de mayo de 1.953, distinguiendo las siguientes fases: 1) Otorgamiento de escritura pública, ante notario, por las personas que deben dar su consentimiento; 2) Publicación de un extracto del acta de adopción en la Gaceta (periódico oficial), con objeto de que toda persona interesada pueda oponerse en el plazo de un mes, exponiendo por escrito ante el Oficial del Registro civil las razones por las que considera ilegal la adopción y las pruebas que presenta; 3) Inscripción del documento de adopción en el Registro del estado civil, en defecto de oposición o si esta ha sido desestimada. La oposición se resuelve por el juez civil competente, según las reglas de los incidentes.

(181) En Luxemburgo y Mónaco el juez de paz del domicilio del adoptante es el único competente para extender el acta de adopción,

al contrario de lo que sucede en los demás países, dónde puede aun dirse también al notario. Además, en los dos países primeramente citados, el procedimiento es doble, pues ha de llevarse a cabo ante el tribunal de primera instancia y luego ante el tribunal de apelación, los cuales resuelven sin enunciar los motivos.

(181 bis) Quizá resultaría conveniente introducir en nuestra Patria la intervención de jueces especializados (v. gr.: los mismos que están al frente de los tribunales tutelares de menores). Vid. Condomines Vallés, op. cit., pág. 17.

(182) El proyecto de 1.851 disponía que el acto se celebrase ante el alcalde.

(183) Por Circular de la Fiscalía del T. S. de fecha 8 de mayo de 1.889 se recomendó que el Ministerio Fiscal tuviese en cuenta, al interponer su oficio, que de entonces en adelante las adopciones habrían de efectuarse siempre mediante aprobación judicial. Según Manresa (Comentarios a la L.E.C., 6ª edic. 1948, t. VIII, pp. 355 y ss.) el a. 1825 de la L.E.C. ha de entenderse así redactado: "La autorización judicial que para la adopción exige el a. 178 del C. c. será solicitada por el adoptante al juez de Primera Instancia competente... (ob. cit. p. 360).

(184) Vid. sobre el particular Orbaneja, E.: Derecho Procesal, vol. I, Madrid 1951, pp. 726 y ss.; Guasp, J.: Derecho procesal civil, Inst. Est. Polit., Madrid, 1956, pp. 1.662 y anteriores. Este autor afirma que "la jurisdicción voluntaria no es auténtica jurisdicción. Su naturaleza ha de buscarse en el campo de la Administración. La jurisdicción voluntaria es, pues, actividad administrativa. Y reconoce que "hay otros sectores del Derecho, como los notariales y registrales, que se acercan más a la jurisdicción voluntaria que la contenciosa",

(185) Vid. nota 193.

(186) En el caso de que la adopción sea plena y adopten ambos cónyuges, así como en la menos plena cuando se dé esta circunstancia, la solicitud ha de ser suscrita por ambos.

(187) Según Manresa, el a. 1.826 se aplica a cuantos deban consentir la adopción por parte del adoptado. Pero hoy, dada la tanjante exigencia del a. 176 del C. c. creemos que tanto si dichas personas han suscrito la solicitud como si no, deben dar su consentimiento a la presencia judicial.

(188) Extensiva a que no concurren las prohibiciones del a. 173, 1ª y 2ª. Según Manresa y Navarro, J.M. (Comentarios a la L.E.C. reformada conforme a las bases aprobadas por la L. de 21-6-1880 6ª edic., edit. Reus, 1.948, t. VIII, págs. 355-382) el tutor de-

berá presentar documento que acredite le han sido aprobadas las cuentas (op. cit. p. 360).

(189) Conviene oír al adoptado pues puede evitar un posible pleito de impugnación más adelante, pero la omisión de este requisito no será causa de nulidad por no exigirlo el Código (Manresa). Sin llegar a tanto, creemos que no es posible de dejar de aprobar la adopción en base a que el menor no esté conforme con ella. Este podrá impugnarla en su día.

P. de Castro estima que se ha suprimido la citada regla de la L. E. C., sustituida por la de que el juez deberá ponerse en contacto siempre con el menor. Pero no vemos la utilidad de este medida cuando el menor lo es de siete años, máxime teniendo en cuenta que el juez no lo es de menores y que el a. 173, nº 1º párr. final ("El Juez... oyendo al adoptado si su estado de razón lo aconseja parece estar conforme con el a. 176 ("suficiente juicio"), expresiones con las que parece querer aludir a la sanidad mental y a que el menor tenga uso de razón, y este se fija universalmente en siete años, que es precisamente la edad señalada por la L. E. C. en el a. 1.827 (Vid. P. de Castro: Compendio cit. pp. 29-30).

(190) Aunque del a. 1.828 L.E.C. pudiera resultar la necesidad del consentimiento del menor de edad pero mayor de 14 años, puesto que dice: "No oponiéndose el adoptando...", lo cierto es que solo es necesario su consentimiento cuando es mayor de edad. También el citado artº se refiere solo al consentimiento de los padres del adoptando y hoy es necesario el de las otras personas mencionadas en el a. 176 del C. o.

(191) Completando el parecer de Manresa (ob. cit. p. 364), este párr. 1º del a. 1.828 debe entenderse redactado así: "Prestado el consentimiento por el adoptando si es mayor de edad, siendo menor o incapacitado por las personas a quienes corresponda darle para su matrimonio y siendo casado por su cónyuge, el Juez admitirá la información ofrecida con citación del Ministerio Fiscal."

(191 b) Vid. Estatuto del Ministerio Fiscal de 21 de junio de 1.926 artº 2º especialmente nms. 3º, 4º y 5º.

(192) No es necesaria la citación de las partes para la vista ni para sentencia, puesto que no lo ordena la ley (Manresa, ob. cit. p. 365). Vid. nota 194 bis.

(193) Con escaso tecnicismo hablan nuestras leyes unas veces de autorización judicial (aa. 176, párr. 1º del C. o. y 1.831 de la L.E.C.), otras de licencia judicial (a. 1.825 L.E.C.), o de aprobación judicial (aa. 176, párr. 2º y 177 del C. o.) y aún de autorización y licencia (a. 1.831 de la L.E.C.).

(194) Según Manresa este artº está modificado por el 178 del

C. c. (hay 176).

(194 bis) Artº 313 C. c. italiane: "Provvedimento della corte di appello.- La corte, in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero e omessa ogni altra formalità di procedura, senza esprimere i motivi, pronuncia in questi termini: si fa luogo o non si fa luogo all'adozione."

(195) Artº 363: "En cas de refus d'homologation, chacune des parties peut, dans le mois qui suit le jugement, le déférer à la cour d'appel qui instruit dans les mêmes formes que le tribunal de première instance et prononce sans énoncer de motifs. Si le jugement est réformé, l'arrêt statue, s'il y a lieu sur le nom de l'adopté.- En cas d'homologation, le ministère public peut interjeter appel; le même droit appartient aux parties, en ce qui concerne la partie du jugement qui fait grief à leur demande. La cour d'appel statue dans les formes et conditions prévues à l'alinéa précédent.- Dans le cas où l'arrêt décide qu'il y a lieu à l'adoption, il contient les mentions prescrites par l'article 858 du C de de procédure civile et indique les noms ancien et nouveau de l'adopté.- Le recours en cassation pour vice de forme contre l'arrêt rejetant la demande d'homologation est recevable."

(196) Manifiesta Manresa, en el mismo sentido, que contra el auto del juez otorgando o denegando la licencia para la adopción se da el recurso de apelación para ante la Audiencia conforme a los aa. 1819 a 1821 de la L.E.C. y contra el fallo de esta se dará el recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, conforme al a. 1.822. Añade que no reserva el Código ni habría sido práctico reservar a las partes el derecho a ventilar la misma cuestión en juicio ordinario (Manresa, ob. cit. p. 365).

(197) Vid. Lagarde, R.T.D.C., 1949, pp. 402 ss., cit.

(198) Vid. en favor de la oposición de terceros contra los juicios de legitimación adoptiva, Bastian: De la tierce-opposition aux jugements rendus en matière d'état et de capacité, en Revue critique de législation et de jurisprudence, 1935.

(199) Kümbiroğlu & Ergüney (K. E.), p. 305. Se trata de un repertorio privado de jurisprudencia que comprende todas las sentencias relativas a cuestiones de estados de derecho de familia y sucesiones.

(200) A, Cion (La filiazione, Milano 1928) comprende entre los estados de filiación la natural, la legítima y la adoptiva (nº 5 pág. 10).

(201) Cfr. a. 172 del C. c. español.

(202) En este sentido manifiesta Josserrand: "La adopción no

hace centrar al adoptado en la familia del adoptante, de suerte que la familia adoptiva está reducida a su más simple expresión, no comprendiendo más que a las dos partes contratantes y a los descendientes legítimos del adoptado." (Derecho civil, t. I, vol. 2º, edic. 1950 cit., nº 1.307, pág. 428).

(203) Artº 351, párr. 1º del C. c. francés: "L'adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits."

(204) V. gr.: C. c. italiano, a. 300, párr. 1º: "L'adottato conserva tutti i diritti e i doveri verso la sua famiglia di origine, salvo le eccezioni stabilite dalla legge."

(205) Vid. las manifestaciones de H. Capitant en el Bulletin de la Société d'Etudes législatives, 1.930, págs. 120-121; sobre los chantajes contra los que debe protegerse al adoptado, vid. la misma sesión de la Sociedad, ibid., p. 123; sobre uno de los "dramas de la adopción", derivado de un reconocimiento posterior a esta del adoptado, vid. Bulletin de l'Union des Sociétés de patronage 1.939, págs. 296 ss.

(206) Ofr. Loaré, t. VII, p. 398. El mismo proyecto establecía -lo que es igualmente significativo- que "únicamente pueden ser casados los menores no casados", ibid. p. 434.

(207) "El llamamiento sucesorio recíproco entre el adoptado y su familia por naturaleza se entiende subsistente, a menos de establecerse lo contrario, previa solicitud, en la autorización de la adopción."

(208) El Tribunal Federal Suizo ha decidido (Auto 45.2.500) que por la muerte del adoptante, los padres por la sangre no recuperan la patria potestad sobre el adoptado, sino que se le debe nombrar un tutor.

(209) La resolución citada, revocando la negativa del Registrador de la propiedad de Marbella a inscribir una escritura de partición de bienes, basada en que F. A. M. carecía de capacidad legal para representar a su hijo legítimo J. A. S., a causa de haberse extinguido la patria potestad, por haber sido este adoptado por el causante M. A. A. y haberse transcurrido treinta días hábiles sin haberse subsanado el defecto, establece:

Que la disposición del a. 167 del C. c. , en virtud de la cual acaba la patria potestad por la adopción, es una consecuencia natural y necesaria del precepto consignado en el a. 154 del mismo Código... porque sin aquella disposición se hubiera sancionado la imposibilidad natural y jurídica de coexistir sobre un mismo sujeto individual dos derechos absolutos (!), de igual naturaleza, intensidad y extensión, constituidos a favor de dos personas distintas.

Que habiendo desaparecido por la muerte del adoptante la causa de semejante contradicción, parece que, según el pensamiento del legislador, debe renacer el derecho de potestad del padre o madre sobre sus hijos naturales y legítimos, conforme a la conocida regla de hermenéutica legal "*sublata causa tollitur effectus*", de que el legislador ha hecho aplicación expresamente al prever en los aa. 72, 73, 168 y 172 del C. o. la recuperación de aquel derecho por haber desaparecido las circunstancias que en cada caso motivaron la pérdida del mismo:

Que confirman la exactitud de esta interpretación las disposiciones del Código, que organizan la tutela de los menores de edad, incluso el consejo de familia, en todas las cuales se parte del hecho de que estos carecen de padre, y en su defecto de madre, naturales y legítimos, y que no han sido emancipados legalmente."

(210) Por lo tanto, ya no puede afirmarse, como hacía Manresa bajo la anterior legislación, que del texto del a. 175 antiguo "se deduce que el nombre de la familia natural es el que aparece como principal, por lo que no puede anteponerse el del adoptante, como erróneamente se afirmaba en anteriores ediciones de estos Comentarios. Esta opinión viene corroborada por la R. O. de 23 de Julio de 1929 sobre imposibilidad legal de alterar el orden en el uso de los apellidos, máxime tratándose de hijos de padres desconocidos" (Comentarios al C. c. cit., p. 110). Vid. también Batlle Vázquez: El derecho al nombre, Madrid 1931, p. 72.

(211) Según el a. 17 de la ley de Quebec, el juez que aprueba la adopción decide libremente si el adoptado ostentará el apellido de su familia adoptiva u otro que él designe, si bien suele acordar lo primero.

(212) El párr. 2º del a. 355 del C. o. francés al manifestar "fuera del caso previsto en el a. 352 -adopción excepcional a la que ya hemos hecho referencia- la obligación alimenticia subsiste entre el adoptado y su padre y madre. Si embargo estos solo están obligados a prestarle alimentos cuando no los pueda obtener del adoptante", plantea la duda de si el legislador ha querido limitar este derecho a los padres del adoptado o debe entenderse que se trata de un vicio de redacción y se comprenden todos los ascendientes del adoptado. En este sentido se pronuncian Tournon y Vismard (Traité cit. nº 134, p. 65). En cambio, en la familia adoptiva al romperse el vínculo entre el legitimado y su familia natural, no existirá esta obligación.

Del a. 15, párr. 1º de la legislación de Quebec -"a partir de la declaración de adopción los padres, el tutor o las personas encargadas de la guarda del menor pierden todos los derechos que en virtud del Derecho civil poseían respecto al mismo y son dispensados de todas las obligaciones- ha deducido la doctrina que desaparece la deuda alimenticia recíproca entre el adoptado y su familia de origen (Vid. Baudouin, Dr. civ. cit., III, cap. IV, p. 256).

(213) Castán, J.: Derecho civil (Registros), 3ª edic. 1942, t. III, p. 193.

(214) Ibid.

(215) Castán, ob. cit. pág. 194.

(216) Puig Peña, F.: La relación familiar en sentido amplio: problemas que suscita el parentesco, en Rev. Dª priv. abril 1948 nº 373, especialmente pp. 304-307 y Clemente de Diego, F.: Instituciones de Dª civil español, t. II, Madrid 1930, p. 531.

(217) A. Cicu (La Filiazione, Milano 1928) comprende entre los estados de filiación la natural, la legítima y la adoptiva.

(218) En el C. o. italiano "figli adottivi" (aa. 294, 310, 468, 567) y "adottato" (aa. 293, 306, 299, 300) o "adottando" (aa. 296, 297, etc.). En el B. G. B. se emplean las expresiones "ange-nommenes Kind" (hijo adoptivo) en los aa. 1743, 1749, etc. y la equivalente a adoptado (aa. 1757, 1758...).

(219) Santiago Pelayo Here en sus conferencias sobre la adopción celebradas en el Instituto de Estudios Jurídicos en noviembre-diciembre 1.958.

(220) "El vínculo que se establece entre adoptante y adoptado había de tener su repercusión en la regulación de las instituciones de protección en que tanta trascendencia tiene la relación paterne filial; en el texto queda debidamente precisado que el adoptante, respecto del adoptado, y éste respecto de aquél, tienen los deberes y derechos que recíprocamente tienen los padres y los hijos, con lo cual, en un punto más, queda establecida la debida analogía entre la relación de filiación adoptiva y la establecida por naturaleza.

La adopción plena se ha configurado reforzando el vínculo adoptivo cuanto la prudencia permite. Así, la situación jurídica del adoptado plenamente se asemeja a la del hijo, respecto de su padre. Sin embargo, el adoptado, aunque lo sea plenamente, no adquiere propiamente el carácter de hijo legítimo del adoptante."

(221) Para justificar la prohibición del nº 6º del a. 84 no necesitaba el Código formular una declaración de parentesco que, más que aclarar, oscurece las cosas.

Vig. García Goyena, Concordancias cit., p. 20.

(222) Vid. nota 216.

(220 bis) F. de Castro, Dª civil de España, parte general, II, 1, Instª Est. Polít. Madrid, 1952, p. 70.

(220 bis a) F. de Castro: Compendio de D^o civil, cit. p. 23 y D^o civil de España, parte general II, 1, cit. pp. 76-77.

4 221) F. de Castro, D^o civil de España cit., p. 246.

(223) Parág. 1.762 B.G.B.: "Los efectos de la adopción se extienden a los descendientes del adoptado. A un descendiente ya existente al tiempo de la conclusión del contrato y a los descendientes nacidos después de este, solo se extienden los efectos si el contrato se concluye también con el descendiente ya existente."

Parág. 1.763: "Los efectos de la adopción no se extienden a los parientes del adoptante. El cónyuge del adoptante no se hace afín del adoptado -ni- el cónyuge de este se hace afín del adoptante".

(224) En realidad, esta regla no se formula expresamente, si bien puede deducirse fácilmente de la regulación legal.

(225) Salvo en lo que concierne al derecho del adoptado y sus descendientes a usar el apellido del adoptante y el impedimento matrimonial entre adoptante y adoptado y entre éste y el cónyuge superviviente de aquel (a. 27).

(226) Navarro Amandi afirmaba: "El principal efecto de la adopción es someter el adoptado menor de edad a la patria potestad del adoptante... los demás efectos de la adopción apenas tienen nada que merezca la pena de ser explicado." (Cuestionario al C. c. reformado, Madrid, 1.889, t. I, p. 275).

(227) Parág. 1.757 B.G.B.: "Por la adopción obtiene el adoptado la posición jurídica de un hijo del adoptante.- Si una persona es adoptada conjuntamente por un matrimonio o si un cónyuge adopta al hijo del otro, el adoptado obtiene la posición jurídica de un hijo legítimo común de los cónyuges."

Parág. 1.765: "Con la adopción pierden los padres de sangre la patria potestad sobre el hijo, y la madre ilegítima el derecho y la obligación de cuidar de la persona del hijo."

(228) Art. 301 del C. c. italiano: "La patria potestad sobre el adoptado corresponde al adoptante.- Este tiene la obligación de mantener, educar e instruir al adoptado conforme a lo establecido en el a. 147.- Si la mujer adopta al hijo de su marido, el ejercicio de la patria potestad corresponde al marido."

(229) Sentencia del T. S. rumano de 24 de abril de 1.929, Pand. rom. 1929.1.167.

(230) Parág. 1.764: "Los derechos y obligaciones que se derivan de la relación de parentesco entre el adoptado y sus parientes no se alteran por la adopción, en tanto que la ley no prescriba otra cosa."

(231) Vid. Mismard, Marcel: *Traité théorique et pratique de l'adoption et de la légitimation adoptive*, Recueil Sirey, Paris, 1.951, n° 227, págs. 109 y 110.

(232) En suma, el marido tiene preferencia sobre la mujer en todos los casos; la solución puede parecer injusta cuando el adoptado es el hijo legítimo de su mujer, pero con ella ha querido afirmarse el principio de unidad en la jefatura familiar.

(233) Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil cit.*, p. 207.

(234) Santiago Pelayo Hore en las conferencias citadas.

(235) *Commentaire de la loi du 19 juin 1923* (D.P. 923.4.257 y 924.2.161).

(236) *Derecho civil*, t. I, vol. 2ª cit. p. 429, n° 1308.

(237) Vid. Planiol et Ripert: *Traité élém. Dr. civ.*, t. I, 4ª edit., 1948, n° 1.628.

(238) Este autor afirma que la diarquia solo da malos resultados (*Rev. trim. Dr. civ.*, 1.928, pág. 649).

(239) Planiol et Ripert: *Obra y tomo cit.* n° 1.628; vid. también la resolución del Trib. correctionnel de la Seine, 15e. Chambre, de 6 de marzo de 1.951, G. P. 9.5.1951.

(240) Los efectos de la patria potestad pueden sintetizarse en el siguiente cuadro que, desde luego, no es exhaustivo:

A) DERECHOS DEL ADOPTANTE:

a) Respecto a la persona del adoptado:

1. Corregirlo y castigarlo moderadamente (a. 155, n° 1ª).
2. Impetrar el auxilio de la autoridad gubernativa en apoyo de su autoridad, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención o retención en establecimiento adecuado (a. 156, párr. 1ª).
3. Reclamar la intervención judicial para imponer un mes de detención en un establecimiento correccional (a. 156, párr. 2ª).
4. Conceder licencia para el matrimonio (a. 47, párr. 2ª).
5. Proceder a su emancipación (a. 314, n° 3ª).

b) Respecto a los bienes del adoptado:

1. En la adopción plena los derivados de los aa. 159 a 163, 626, 968, 1.060, 1.259 párr. 1ª y 1.810 párr. 2ª.
2. En la adopción menos plena, derecho a administrar los bienes del adoptado, previa fianza (a. 166).

(1) Más específicamente, aa. 159, 160, 161, 162, 164.

B) DEBERES DEL ADOPTANTE:

a) Respecto a la persona del adoptado:

1

1. Alimentarle, educarle, tenerlo en su compañía e instruirlo con arreglo a su fortuna y defenderle en juicio y fuera de él (a. 155, párr. 1º).

2. Satisfacer los alimentos del adoptado detenido (a. 158).

3. Pedir el nombramiento de defensor cuando exista oposición de intereses (a. 165).

4. Responder de los perjuicios causados por el adoptado menor que viva en su compañía (a. 1.903, párr. 2º).

b) Respecto a los bienes del adoptado:

1. Los de los aa. 163, párr. 1º, 164, 1.810 párr. 2º del C. c. y 2.011 núms. 1º a 4º y 2.030 de la L. E. C.

2. Si el que adopta menos plenamente desea adquirir la administración, debe prestar fianza previamente (a. 166).

C) DERECHOS DEL ADOPTADO:

a) Respecto a la persona del adoptante:

1. Los comprendidos en el nº 1º de los deberes del adoptante, que son otros tantos derechos del adoptado.

2. Pedir por sí el nombramiento de defensor (a. 165, párr. 2º).

3. Ser oído cuando, tratándose de la imposición de algún go, ejerza cargo u oficio o los padres hayan contraído segundas nias (a. 157).

4. Usar el apellido del adoptante con el de su familia, si se expresa en la escritura de adopción menos plena (a. 180).

5. Ser alimentado por el adoptante (a. 174, párr. 2º).

6. Solicitar la declaración de incapacidad del adoptante pleno (aa. 214 y 222) y pedir el cumplimiento de los aa. 203 y 293.

b) En cuanto a los bienes:

1. Adquirir la propiedad de los expresados en el a. 160.

2. Idem. de las ganancias que obtenga según el a. 161.

3. Idem. de los donados para su educación e instrucción (a. 1

D) DEBERES DEL ADOPTADO EN CUANTO A LA PERSONA DEL ADOPTANTE:

1. Alimentarlo (aa. 174, párr. 2º y 143).

2. Obedecerle mientras permanezca en su potestad y tributarle respeto y reverencia siempre (a. 154).

3. Ostentar los apellidos del adoptante pleno (a. 178, pdr. 3º

(241) Mucius Scaevola, *Comentarios cit.*, págs. 466-467.

(242) *Ibid.* id., pág. 329.

(243) Manresa y Navarro, J. M.: *Comentarios al Código civil español*, 6ª edic. revisada por Bonet Ramón, F., t. II, edit. Reus, Madrid, 1.945, págs. 75-77.

(244) Partida IV, tit. XVI, ley 8ª: "A tuerto e sin razón non deue nenguno sacar de su poder a aquel que ouiere porfijado nin lo deue desheredar. Pero si alguno contra esto ficiere, temudo es de dar a quel que porfijó todo lo suyo con que entró en su poder con todas las ganancias que después fizo; sacado el usufruto que ressi- bió de los bienes del porfijado de mientras que lo tuvo en su poder..

(245) Artº 301, párr. 4º: "Se l'adottato ha beni propri, l'amministrazione di essi, durante la minore età dell'adottato spetta adottante, il quale non ne ha l'usufrutto legale, ma può impegarne le rendite per le spese di mantenimento, educazione e istruzione del minore, con l'obbligo di investire l'ecceденza in modo fruttifero. Si applicano le disposizioni dell'articolo 382."

(246) *Ob. cit.* nº 117, p. 59.

(247) Artº 351, párr. 3º del C. c. francés: S'il y a adoption par deux époux, l'adoptant administrera les biens de l'adopté dans mes mêmes conditions que le père légitime administre ceux de ses enfants. Si les adoptants divorcent ou sont séparés de corps, le tribunal applique aux enfants adoptés les règles concernant les enfants légitimes."

(248) *Vid.* Mucius Scaevola, *ob. y tomo cit.*, p. 332 y Manresa *ob. y tomo cite.* págs. 75-77.

(249) Artº 350, párr. 2º del C. c. francés: "Si l'adopté est mineur de seize ans au jour du contrat, l'adoption lui confère purement et simplement le nom de l'adoptant, à moins qu'il n'en soit autrement décidé par le jugement d'homologation" (L. de 23-4-949). "Le tribunal peut, à la demande de l'adoptant, modifier par le jugement d'homologation les prénoms de l'adopté."

(250) Artº 350, párr. 1º del C. c. francés: 1º L'adoption confère le nom de l'adoptant à l'adopté, en l'ajoutant au nom propre de ce dernier. Si l'adoptant et l'adopté ont le même nom patronimique aucune modification n'est apportée au nom de l'adopté."

Artº 299 del C. c. italiano: L'adottato assume il cognome dell'adottante e lo aggiunge al proprio. L'adottato che sia figlio naturale non riconosciuto dai propri genitori assume solo il cognome dell'adottante. Il riconoscimento successivo dell'adottante non fa as-
re all'adottato il cognome dei genitori che lo ha riconosciuto,

vo che l'adozione sia successivamente revocata.- Se l'adozione è compiuta da entrambi i coniugi, l'adottato assume il cognome del marito.- Se l'adozione è compiuta da una donna maritata, l'adottato che non sia figlio del marito assume il cognome della famiglia di lei."

(251) Parág. 1.758: "El adoptado adquiere el apellido del adoptante. Si el adoptado lo es por una mujer que a consecuencia de su matrimonio ostenta otro apellido, el adoptado adquiere el apellido que la mujer ha llevado antes del matrimonio. En los casos del parág. 1.757, párr. 2º (adopción conjunta o adopción por un cónyuge del hijo de su consorte) el adoptado adquiere el apellido del marido.- El adoptado puede añadir al nuevo apellido el suyo antiguo, en tanto no se determine otra cosa en el contrato de adopción."

(252) Artº 369, párr. 2º del C. c. francés (añadido por L. 23 abril 1949): "Le jugement confère à l'enfant le nom du mari et, sur la demande des époux, peut ordonner une modification de ses prénoms."

(253) Exp. de Mot. de la L. de 8-VI-1957, apartº V, pár. 2º.

(254) Vid. los párrs. 1º y 2º del a. 350 del C. c. francés, transcritos en las notas 249 y 250.

(255) Artº 202, párr. 2º.

(256) La Res. de 7 de mayo de 1.918 había declarado que "en la inscripción de nacimiento de los hijos del adoptado ha de expresarse el apellido del abuelo adoptante siempre que aquél haya sido autorizado para ello en la escritura de adopción."

(257) Artº 198 del Regltº: "La precedente inversión de apellidos podrá formalizarse por el hijo o su representante legal, mediante declaración ante el encargado, al practicarse la inscripción de legitimación por concesión soberana o reconocimiento, o dentro de los dos meses siguientes a la inscripción o a la mayoría de edad. Se aplican a estas declaraciones las reglas formales del reconocimiento ante encargado y no surten efecto mientras no sean inscritas."

La disposición transitoria 6ª autoriza que las declaraciones sobre apellidos a que se refieren los aa. 198 y 199 pueden realizarse, en todo caso, dentro del año siguiente a la vigencia de la ley."

(258) Cfr. con el a. 182 del C. c. austriaco de 1.811 y el a. 152 del Svod Zakonov ruso de 1.832.

(259) Vid. Sent. del Trib. civ. de Saint-Brieux de 3 de enero de 1.939 en G. P., 39.1.208; en el mismo sentido, Dalloz, Nouveau

répertoire de Droit, t. III, 1949, V^e Noblesse, n^o 22.

(260) Vid. Vismard, M.: Ob. cit., n^o 228, pág. 110.

(261) Canon 1.080: "Los que con arreglo a la ley civil son inhábiles para contraer entre sí matrimonio a causa del parentesco legal que nace de la adopción, por prescripción del Derecho canónico no pueden casarse válidamente."

(262) Vid. Jossierand, Cours de Droit positif français, 3^e edit. t. I, n^o 804; sin embargo, Rouast (La famille, 2^e edit., núms. 111 y 248) parece ser de opinión contraria, y Vismard (ob. cit. n^o 111, pp. 63-64), respondiendo a la pregunta del carácter de los impedimentos establecidos por el a. 354 del C. c. francés, argumenta así: "Las causas de nulidad que prevé este artículo no están, es verdad, mencionadas en el cap. IV del libro I del C. c., correspondiente al tít. V, relativo a la nulidad del matrimonio, pero es preciso observar que cuando se redactó este capítulo todavía no se sabía si se conservaría la adopción. Por otra parte, el legislador ha establecido las prohibiciones del a. 354 precisamente para asimilar el parentesco adoptivo al derivado de la sangre (Planiol). Hay, pues, base suficiente para decidir que los impedimentos del a. 354 son dirimientes y no simplemente prohibitivos, al menos los que no pueden ser dispensados por decreto. Sería inconcebible -concluye- que una madre pudiese estar válidamente casada con su hijo adoptivo; una unión semejante no puede menos que adolecer de nulidad absoluta." Cosa distinta es el problema de determinar si el hijo nacido de la unión entre el adoptante y la adoptada (o la adoptante y el adoptado) es un hijo natural o incestuoso. Sobre esta cuestión, vid. Secrétan, ob. cit., p. 107.

(263) Mucius Scaevola, ob. cit. p. 430.

(264) Parág. 1766 del B. G. B. "El adoptante está obligado a la prestación de alimentos para con el adoptado y aquellos descendientes de este a los que se extiendan los efectos de la adopción, antes que los parientes de sangre del adoptado.- En el caso del párr. 2^o del parág. 1.611 (culpa del necesitado), el adoptante se equipara a los parientes de sangre de la línea ascendente."

(265) Art^o 436 del C. c. italiano: "El adoptante debe alimentos al hijo adoptivo con preferencia a los progenitores, legítimos o naturales, de él; el hijo adoptivo debe alimentos al adoptante en concurrencia con los hijos legítimos."

Art^o 300 del C. c. italiano: "L'adottato conserva tutti i diritti e i doveri verso la sua famiglia di origine, salvo le eccezioni stabilite dalla legge.- L'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato né tra l'adottato e i parenti dell'adottante, salvo le eccezioni stabilite dalla legge."

(266) Artº 355 del C. c. francés: "L'adopté doit les aliments à l'adoptant s'il est dans le besoin et, réciproquement, l'ado doit des aliments à l'adopté.- En dehors du cas prévu à l'article 352 -adopción excepcional- l'obligation de se fournir des aliments continue d'exister entre l'adopté et ses père et mère. Cependant les père et mère de l'adopté ne sont tenus de lui fournir des aliments que s'il ne peut les obtenir de l'adoptant."

(267) Viemard, op. cit., nº 132, p. 64, Para nuestro Derecho anterior, vid. Manresa, ob. cit., p. 112.

(268) Vid. Girard, Manuel élém. de Dr. romain, 6ª edic. p. 185 y Huvelin et Monier, Cours élém de Dr. rom. t. I, pp. 307-08.

(269) Cfr. para el Derecho de Quebec la afirmación de M. Pelland de que la adopción se presenta esencialmente como "una institución de heredero fuera del marco de la sucesión natural" (Le Droit civil français: livre souvenir des journées de Droit civil de Montréal en 1.934, pág. 176).

(270) El párr. 1º del a. 704 del C. c. italiano del 42 establece: "L'adozione non attribuisce all'adottante alcun diritto di successione", y el parág. 1.759 del B. G.B.: "Por la adopción no se origina derecho hereditario alguno para el adoptante."

(271) Parág. 1759 en relación con el párr. 2º del 1.767: "En lo demás no pueden ser modificados los efectos de la adopción en el contrato de adopción."

(272) Establecen el "retour legal" los párrs. 1º y 4º del a. 357 y el párr. 3º del a. 367 del C. c. francés.

Este derecho constituye un verdadero derecho de sucesión, pues el beneficiario está obligado a pagar las deudas del adoptado (357, 1º) proporcionalmente a la importancia de los bienes que componen esta sucesión -"anormal", según algunos- en relación con la herencia total (M. Viemard, ob. cit. nº 149, p. 70). A la vista del a. 951 ("Le donateur...") es evidente que el adoptante podrá gozar de este "retour conventionnel", mas no puede beneficiar a sus descendientes, a diferencia del caso anterior. En la legitimación adoptiva, la regla general es que los legitimantes y sus parientes tienen en la sucesión del legitimado los mismos derechos que si este fuera un hijo legítimo y pueden, asimismo, hacer valer las reservas. Mas en el caso excepcional del párr. 2º del a. 370 este principio general se encuentra modificado, ya que el legítimo y los ascendientes del legitimante que no hayan dado su adhesión a la legitimación en acto auténtico "n'auront pas qualité d'héritiers réservataires dans leurs successions réciproques."

Según la ley islandesa nº 42 de 1.940, los padres adoptivos y a su muerte sus hijos (legítimos) tienen prioridad sobre los parientes del adoptado, salvo los descendientes de este, por un nog

tante igual al valor de la herencia o de las donaciones que el adoptado ha recibido de los adoptantes, y a tenor del a. 18, apartados a) y b) de la ley de Quebec, el adoptado puede, en principio, disponer libremente de sus bienes por testamento, pero si muere intestado la herencia se divide en dos partes: una, comprensiva de los bienes adquiridos por él mismo y de los recibidos de su familia adoptiva por donación o testamento, que revierte a esta del mismo modo que si el adoptado fuera hijo legítimo de los adoptantes, y otra que comprende los bienes recibidos por donación o testamento de su familia natural, la cual es devuelta según las reglas generales de la sucesión, hecha abstracción de la adopción.

(273) Mucius Scaevola, ob. cit., p. 347.

(274) Laurent, Principes de Dr. civ. français, 5^e édit. Bruxelles-Paris, 1.893, t. IV, págs. 274-275.

(275) Sánchez Román, ob. cit. p. 1.087.

(276) Durón, Dr. civ. español, Valladolid, 1898, t. I, p. 580.

(277) Mucius Scaevola, ob. cit. pág. 436.

(278) D'Aguanno, La génesis y la evolución del Derecho civil, trad. esp. de Dorado, Madrid, s. a., p. 354.

(279) Vid. C. c. suizo, a. 269, párr. 3^o. El parág. 1767, párr. 1^o del B.G.B. manifiesta: "En el contrato de adopción puede excluirse el aprovechamiento del adoptante sobre el patrimonio del adoptado, así como el derecho hereditario de este frente al adoptante."

(280) V. gr.: en Chile (a. 24 de la L. de 21 de octubre de 1.943, modificado por el a. 6^o de la L. de 2 de abril de 1.952, en relación con los aa. 988 y 991 y 993 del C.c.).

(281) Arts 356 del C. c. francés: "L'adopté et ses descendants légitimes n'acquièrent aucun droit de succession sur les biens des parents de l'adoptant. Mais ils ont sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y auraient des enfants ou descendants légitimes."

(282) El legitimado plenamente, en virtud del principio del a. 370 que le asimila a los hijos legítimos, sucede no solo a los legitimantes, sino también a todos los parientes de estos (lo que le diferencia del adoptado, que solo sucede al adoptante) y le sigue sus descendientes legítimos, con el consiguiente carácter de reservatarios, salvo el caso excepcional del a. 370, párr. 2^o.

(283) Consecuencia de esto es que el adoptado puede promover la declaración de incapacidad del adoptante, según los aa. 214 y 222 y pedir el cumplimiento de lo dispuesto en los aa. 203 y 293, según el a. 228 párr. 2^o del C. c.

(284) Entienden los juristas de la provincia de Quebec que el espíritu general de su legislación conduce a permitir el derecho de representación a favor de los descendientes legítimos del adoptado, pero que sería conveniente una disposición legal al respecto (Trudel, ob. cit. p. 166). En cambio, según el Derecho brasileño, la diferencia entre los hijos naturales reconocidos y los adoptivos es que los primeros pueden heredar por derecho de representación (aa. 1.604 y 1.620) y los segundos no (a. 1.618).

(285) V. gr.: aa. 177 (antiguo), 634, 825, 826, 827, 831, 1.036, 1.056, 1.057, 1.315, 1.331, y 1.674 del C. c.

(286) En la extinción de la adopción debe distinguirse:

a) Si el adoptado ha sucedido ya al adoptante, de modo que la extinción de la adopción es posterior a la adquisición de la herencia, el adoptado conserva los bienes y derechos, puesto que son "irrevocables" (aa. 174, párr. 2º y 175, párr. penúltimo) y se trata de un efecto consumado. Esta solución vale igualmente para el adoptado plenamente que sucede abintestato, puesto que puede entenderse que el párr. 3º del a. 174 se refiere a los derechos que tiene el adoptado por el mero hecho de la adopción (solo a favor del adoptado plenamente) y en virtud del pacto sucesorio, si bien existen diferencias con la redacción del proyecto: "Los derechos sucesorios del adoptado en la herencia del adoptante, establecidos en la escritura de adopción, no podrán ser revocados y surtirán sus efectos aunque este muera intestado. En todo caso queda a salvo lo prevenido en este Código sobre indignidad para suceder y desheredación."

Hay que tener en cuenta que, por aplicación de los principios vigentes en nuestro sistema en orden a la adquisición de la herencia (aa. 675, 661 y 989 del C. c.) una vez aceptada ésta, los efectos se retrotraen a la muerte del causante. El problema es este: ¿Puede aceptar la herencia del adoptante el adoptado cuya adopción está pendiente de extinción? Nos inclinamos por la afirmativa, por que su derecho subsiste hasta tanto que dicha extinción sea declarada. Una solución ecléctica podría ser, aplicando por analogía, el a. 835, esperar al resultado de la impugnación.

b) Si la extinción de la adopción tiene lugar después del fallecimiento del adoptante y antes de que el adoptado haya aceptado la herencia, este no podrá ya aceptarla, ni tampoco sus descendientes legítimos en la adopción plena. Con mayor motivo, tampoco cuando la extinción de la adopción preceda a la muerte del adoptante.

A pesar de que el a. 174, párr. 3º otorga igual consideración a todas las causas de extinción de la adopción, estimamos que cuando se deba a culpa del adoptante, supuesto en que la acción la ejercita el Ministerio Fiscal, debe conservar el adoptado sus derechos sucesorios en la herencia del adoptante, siempre y cuando no sea nuevamente adoptado.

(287) Comas: La revisión del C. c., parte especial, Madrid, 1.895, pp. 417-418.

(288) Sánchez Román: Estudios de D^a civil, t. V, Madrid, 1.898, págs. 1.088 y 1.089, nota.

(289) M. Saevola, ob. cit. págs. 443 y ss.

(290) Castán Toboñas, J.: La sucesión abintestato del hijo adoptivo, en Rev. Gral. Leg. y Jur., 1916, t. 128, págs. 39-60.

(291) M. Saevola, Comentarios cit., 1893, t. III, p. 446.

(292) Castán: La sucesión..., cit. pág. 56.

Condomines (La adopción, cit. pág. 16) invocaba, por analogía, el a. 826, párr. 2^o del C. c.; pero es de tener en cuenta que la analogía no era absoluta pues el mejorado es un heredero forzososo, mientras que el adoptado no tenía esta condición según la lación anterior. Mayor analogía habría ahora con el adoptado plenamente, pero ya no es necesario habida cuenta del a. 174, párr. 3^o del C. c.

(293) Cfr. en el mismo sentido Rossel y Mantha (cit. por Castán): Manuel du Code civil suisse, Lausanne, s. a. t. I, p. 345.

(294) El a. 772 del proyecto disponía: "(A los dos párrafos de que consta, se le añadirá uno nuevo con la siguiente redacción): "El adoptado plenamente podrá, respecto de su adoptante, ser designado en testamento con la expresión "hijo" sin necesidad de que la disposición testamentaria haga referencia a la adopción." Como puede verse el alcance de la redacción actual ha ampliado, por una parte, y reducido, por otra, el texto del proyecto. Se amplía por cuanto éste se circunscribía a la adopción plena y ahora se refiere a ambas clases de adopción, y se restringe porque el Código lo limita al testamento del adoptante, mientras que según el proyecto era para toda clase de testamentos, fuese cualquiera el testador.

(295) El a. 345 del C. c. francés establece: "Un français peut adopter un étranger ou être adopté par un étranger." El a. 35 de l'Ordonnance de 19 de octubre de 1.945, conteniendo el Código de la nacionalidad francesa, establece que "quien ha sido objeto de una legitimación adoptiva conforme al a. 368 del C. c. adquiere la nacionalidad francesa si su padre adoptivo es francés" y el 36 que, sin perjuicio de lo establecido en los aa. 55 y 64, el adoptado por un francés no adquiere por el mero de la adopción la nacionalidad francesa. Los aa. 55 y 64 conceden facilidades para que los adoptados por franceses adquirieran esta nacionalidad, llegando a dispensarles del tiempo de residencia necesario en los casos normales. El a. 55 se refiere a los adoptados menores de edad y el 64 a los mayores.

En parecidos términos pueden verse los aa. 344 párr. 2^o del C. c. belga, el 1^o del cap. VI de la ley sueca de 8 de julio de 1904 y el a. 12 de la checoslovaca de 28 de marzo de 1928.

(296) Para más amplia información, vid. *La nationalité dans la science sociale et dans le Droit contemporain* (Publicación del Instituto de Derecho comparado de la Univesidad de París) 1933.

(297) Sobre la adopción entre un nacional y un extranjero, vid. sobre todo para Suiza, una circular del Departamento federal de Justicia y Policía del 29 de junio de 1.929 en la *Revue de Dr. internat. privé*, 1930, p. 379, y para los Países escandinavos el convenio de 6 de febrero de 1.931 en la *Revue critique de Dr. internat.* 1933, p. 563. Sobre los conflictos de leyes derivados de estas adopciones entre franceses y extranjeros, vid. *Cass.* 21 de abril de 1931, D. 1931.1.52.

(298) De modo análogo, la ley yugoslava sobre la nacionalidad (cuya traducción francesa se ha publicado en la *Revue critique de Dr. internat. privé*, nº 4, oct.-dic. 1949) establece en su a. 9ª que el extranjero menor de 14 años adoptado por un yugoslavo puede, a petición de su adoptante, adquirir la nacionalidad yugoslava por naturalización, sin necesidad de observar los requisitos establecidos para los casos normales.

(298 bis) Vid. F. de Castro: *Compendio cit.* p. 60 y Dª civil de España cit., Parte General, II-1º, pp. 428-429.

(299) Vid. Paris, 2 de enero de 1936, G.P. 36.1.551; Trib. civ. d'Avesnes, 24 de junio de 1943, S. 44.2.23, G.P. 43.1.T. La Sent. de-1 Trib. civ. de la Seine, Sala 1ª, de 10 de febrero de 1948, S. 48.2.137 y nota de Niboyet, D. 49.J.368 y nota de Savatier manifiesta: "Attendu, en droit, que lorsque adoptant et adopté son de nationalités différents, l'adoption doit, en quelque pays qu'elle ait lieu, être soumise à la loi personnelle de l'adopté, pour la double raison que c'est l'état de cet adopté qui est en jeu et qui d'autre parte, son intérêt devant être avant tout pris en considération, sa loi personnelle est présumée la plus favorable à cet intérêt..."

(300) Vid. la nota de Niboyet a la S. de 10 de febrero de 1948 (S. 1948.21137).

(301) El a. 35 de la O. de 19 de octubre de 1945 prevé la legitimación adoptiva de un extranjero por un francés.

(302) En el mismo sentido, en Francia, *Cass. Req.* de 21 de abril de 1931, S. 31.1.377; D. P. 31.1.52.

(303) La sent. del Trib. civ. del Sena, citada anteriormente, se manifiesta en el sentido de que el hotel de una embajada extranjera en París, por inviolable que sea, no deja de ser parte integrante del territorio francés y que, por lo mismo, el vice-cónsul de los EE. UU. de América no tenía -desde el punto de vista de

la ley francesa- atribución alguna para recibir un acta de adopción en la que eran partes personas de nacionalidad francesa.

(303 bis) Vid. F. de Castro: Compendio, cit. pp. 65-66 y Condomines, La Adopción cit. pág. 24.

(304) Según este artículo la adopción produce efectos desde el día en que se ha otorgado la escritura; sin embargo, las partes son libres de modificar su decisión hasta tanto que haya sobrevuelto la homologación del tribunal. Esta regla ha sido mantenida por el C. o. de 1949.

(305) Parág. 1.754: "La adopción entra en vigor con la confirmación. Los que concluyen el contrato están ya vinculados antes de la confirmación.- La confirmación solo ha de negarse si falta un requisito legal para la adopción. Si la confirmación es negada definitivamente, el contrato pierde su vigencia."

(306) Art: 298 C. o. italiano: "L'adozione produce i suoi effetti dalla data del decreto che la pronuncia.- Finché il decreto non è emanato, tanto l'adottante quanto l'adottando possono revocare il loro consenso."

(307) Art: 365 C. o. francés: "L'adoption ne produit ses effets entre les parties qu'à partir du jugement ou de l'arrêt d'homologation.- L'adoption n'est opposable aux tiers qu'à partir de la transcription du jugement ou de l'arrêt d'homologation."

(308) En este sentido se manifiesta Vismard, ob. cit, p. 76, n° 163 y Josserand, D° civil cit., n° 1.309, pág. 431, y en el comentario Rouast, en su Comentario a la L. de 19 de junio de 1.923, D. P. 1923.4.261, cols. 2 y 3.

(309) En este sentido Josserand, loc. cit., quien añade: "Aunque estarán ligadas desde la escritura de adopción, lo que es importante en la adopción póstuma (téngase presente que en Francia la escritura precede a la homologación judicial)."

(310) Puig Peña: Las situaciones finales en la adopción, en Rev. D° priv., 1948, n° 381, diciembre, págs. 1.045 y ss.

(311) Sánchez Román, F.: Estudios de D° civil, t. V, vol. 2°, 2° edic. Madrid, 1.912, págs. 1.077 y ss., especialmente 1.106.

(312) Josserand, Louis: D° civil cit. , págs. 419 y ss., especialmente págs. 432-433 del t. I, vol. 2°.

(313) Baudry-Lacantinerie: Traité théorique et pratique de Droit civil, Des Personnes, vol. IV, Paris 1.905, págs. 78 y ss.

(314) Enneccerus, Kipp y Wolff: Derecho civil, t. IV, vol. 2º, Dº de familia por T. Kipp y M. Wolff, 6ª edic. revisada, trad. de la 20ª edic. alemana por Blas Perez Gonzalez y José Castán Tebeñas, edit. Bosch, Barcelona 1946, págs. 152-181.

(315) A. Colin y H. Capitant: Curso elemental de Dº civil, trad. esp. de la R.G.L.J., con notas de De Buen, edit. Rous, Madrid 1922, t. I, pp. 611 y ss. Idem. 2ª edic. 1941, págs. 641 y ss. Vid. también las notas de De Buen a la 1ª edic. pp. 622-623.

(316) Manresa: Comentarios, 6ª edic. ya citada.

(317) Mucius Scaevola: Comentarios cit., p. 470.

(318) Loc. cit. en nota 310.

(319) La ley chilena nº 7613 de 21 de octubre de 1.943, completada por el a. 6º de la L. nº 10271 de 2 de abril de 1.952, mera las causas de nulidad de la adopción en los aa. 11 y 12 y las de revocación en el a. 32.

La ley costarricense d. 1º de agosto de 1.934 distingue la nulidad (a. 20), la revocación (aa. 21 y 22) y la suspensión de los derechos del adoptante (a. 23).

El C. c. japonés distingue entre la nulidad de la adopción (aa. 802 a 808) y su disolución (aa. 811 a 817) que puede ser por mutuo disenso o por vía judicial.

(320) Cit. por Secretán, op. cit. pág. 25 nota. Motivos de este género parecen haber inspirado, en parte, las disposiciones de la L. alemana de 23 de noviembre de 1.933, especialmente la difinición del párr. 2º del parágr. 1.754 del B. G. B., que quedó así redactado: "La confirmación solo ha de negarse: 1) Si falta un requisito legal para la adopción; 2) Si existen dudas en que por la adopción va a ser establecido un vínculo correspondiente a la relación de padres e hijos; 3) Si desde el punto de vista de la familia del adoptante o en interés público dan importantes motivos contra el establecimiento de un vínculo filial entre los que concluyen el contrato."

(321) Vid. Duvergier: Rev. de Droit français et étranger, 1.846, pág. 26 y las conclusiones del Fiscal General Dupin en Cass. 28 de abril de 1.841, S. 41.1.274.

(322) Cfr. Bandry-Lacantinerie, op. cit. nº 79; Puig Peña, Las situaciones..., cit., el cual manifiesta: "Se aplica la general del negocio jurídico por la sustancia contractual que encierra". Vid. también Enneccerus, ob. cit. pág. 180, donde los autores expresan que se aplican a la nulidad de la adopción las disposiciones generales sobre la nulidad de los negocios jurídicos ejercitándose la acción conforme a las reglas ordinarias y la a

bación judicial no es obstáculo para que prospere la acción.

(323) Vid. Gelin et Capitant, ob. cit. págs. 620-621.

(324) En este sentido, cfr. Visnard, op. cit. n.º 94, p. 44.

(325) Sent. del Trib. de Poitiers de 28 de noviembre de 1859, S. 61.2.138; Vid. Baudry-Lacantinerie, op. cit., pág. 81, nota 3.

(326) Vid. Sentencia de 8 de enero de 1.917.

(327) Las situaciones finales..., cit.

(328) La ley IV de 1.952, llamada Código de la familia húngaro promulgada en el periódico oficial n.º 48 del 6 de junio de 1.952, establece que no es posible la revocación judicial de la adopción, sin existiendo antes causa para ella, después de la muerte del adoptante o del adoptado. Cabalmente, el fallecimiento de las partes aunque extinga la adopción en su sentido material, no así en el jurídico, sino que determina lo que, valiéndonos de términos procesales, llamaríamos "firma" de la adopción.

El mismo autor citado se contradice cuando al referirse a los efectos que produce la extinción de la relación adoptiva manifiesta: "Si termina por causas naturales, v. gr.: muerte del adoptante o del adoptado, no se alteran los presupuestos fundamentales del instituto." Esta falta de transformación nos indica que lo que se extingue no es la relación adoptiva, que es inmaterial, sino las personas físicas que sirven de soporte y uno de los efectos de aquella, la patria potestad del adoptante.

(329) Vid. Demolombe: Cours de Code Napoleon, t. VI, núms. 127 y 128.

(330) Vid. Loaré, t. V, págs. 430, edic. en 8.º.

(331) Vid. X. Carton de Wiart: L'adoption et la tutelle officieuse, Louvain, 1.940, págs. 23 y 24.

(332) Así, por ejemplo, el C. c. romano de 1.864 solo conocía una causa de revocación, mientras que el Código de 1.939 ha previsto tres causas especiales y una causa genérica indeterminada, deja a la apreciación judicial.

(333) Pero esta revocación es, en realidad, mixta, por cuanto, según el a. 14 de la L. de 11 de febrero de 1.953, el Ministro de Justicia solo puede revocar la adopción en el caso de que lo soliciten adoptante y adoptado y nunca si este es menor. Además, si los esposos han adoptado conjuntamente, es preciso el consentimiento de ambos, y si una de las partes está sujeta a interdicción se precisa el consentimiento de su tutor.

(334) Vid. aa. 14, párr. 3º de la ley finlandesa de 5 de de 1.925; 69, párr. 2º de la checoslovaca nº 256; 810 C. c. japonés, 405 del mejicano, 183 del panameño y 169, párr. 1º del suizo.

(335) Vid. a. 7º de la ley checoslovaca de 1.928.

(336) Artículos 1.768, 1.769 y 1.770 del B. G. B.

(337) Vid. Revista de Direito, vol. 93, pág. 393.

(338) Vid. Revista Forense, vol. 146, pág. 255.

(339) La exposición de motivos de la ley belga cita como ejemplos las emenagas, violencias, ingratitud manifiesta del adoptado, los malos ejemplos y malos tratos del adoptante.

(340) Vid. SS. de 17 de abril de 1.950 (K. E., pág. 308) y 25 de noviembre de 1.943 (K. E., pág. 309).

(341) En este sentido la legislación rumana.

(342) Vid. Verdenal, Pierre: L'adoption dans la loi du 19 juin 1.923, thèse, Paris 1923, págs. 127 a 132.

(343) Vid. F. de Castro: Compendio cit., pp. 27-28 y Dº civil de España, Parte General, II-1º cit., p. 97; También Castán, Dº civil (Registros) cit., t. III, págs. 200-201.

(344) Arts 180 (antiguo) del C. c.: "El menor o incapacitado que haya sido adoptado podrá impugnar la adopción dentro de los cuatro años siguientes a la mayor edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad."

Artº 133, párr. final del C. c.: "El menor podrá en todo caso impugnar el reconocimiento dentro de los cuatro años siguientes a su mayor edad."

(345) Manresa, Comentarios al C. c. cit., pág. 121.

(346) Mucius Scaevola, Comentarios cit., pág. 470.

(347) Artº 5º de la ley de 17 de octubre de 1.941: "La Administración del Establecimiento benéfico correspondiente quedará obligada a vigilar la conducta del adoptante hasta la mayor edad del adoptado, pudiendo, en su caso, dejar sin efecto la adopción."

Los padres naturales del adoptado tendrán también derecho a impugnar la adopción o a dejarla sin efecto, en el caso de que deseen recuperar su hijo, solicitándolo así, previa la debida justificación y garantías, de la Administración del Establecimiento benéfico de donde proceda el adoptado.

Este será, además, oído antes de resolver, si fuere mayor de catorce años."

(348) Artº 175 del Proyecto: "La adopción es irrevocable.

El menor o incapacitado que haya sido adoptado podrá impugnar la adopción dentro de los cuatro años siguientes a la mayoría de edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad.

Si el adoptado fuere un menor abandonado, su padre o madre legítimos, o naturales que le hubiesen reconocido, podrán impugnar la adopción si acreditaran suficientemente su falta total de culpabilidad en el abandono. En la adopción de expósitos no se admitirá tal impugnación.

En los casos en que, con arreglo a este artículo, se declare extinguida la adopción, esta quedará sin otros efectos que los ya consumados.

El reconocimiento de la filiación natural del adoptado, o su legitimación, no afectará a la adopción."

(349) Vid. Puig Peña, Las situaciones finales cit., 1.060.

(350) Commentaire de la loi du 19 juin 1923, en Lois nouvelles, 1.923, págs. 225 y ss.

(351) El Código quiere decir aquí el que hubiese sido adoptado durante su minoridad o incapacidad.

(352) El resultado será casi el mismo, toda vez que la demanda de impugnación suscrita por el padre o por la madre naturales será escrito cuyo indubitado en que expresamente reconocen su paternidad o maternidad y, en su virtud, estarán obligados a reconocer al hijo (aa. 135, nº 1º y 136, nº 1º del C. c.).

(353) Artº 308 del C. c. italiano: "La revoca dell'adozione può essere promossa dal pubblico ministero per ragioni di buon costume."

(354) Admiten la revocación a instancia del adoptante, por analogía con las donaciones, entre otros, Mucius Scaevola (Comentarios cit, pág. 390) y Valverde (ob. cit., p. 474).

(355) Mucius Scaevola, Comentarios cit., p. 470; Manresa, ob. cit., pág. 122.

(356) En este sentido se pronuncia la doctrina francesa (Vismard, op. cit., nº 178, p. 83; S. Trib, Aix de 28 de noviembre de 1.949, J.O.P. 50.2.5345 y Lagarde, en Revue trimestrielle de Dr. civ., 1.950, pág. 177) y la brasileña, mientras que en Bulgaria predomina el criterio opuesto (transmisibilidad de la acción ya iniciada a los herederos del adoptante y del adoptado) y en Turquía la jurisprudencia es contradictoria: por la negativa se inclina la S. de 5 de enero de 1.945 y por la afirmativa la de 17 de mayo de 1.951 (K. E., págs. 307-308).

(357) Artº 367, párr. 3º del C. o. francés: "La révocation fait cesser, pour l'avenir, tous les effets de l'adoption. L'adoptant ou ses descendants gardent toutefois, sur les choses données, de droit de retour prescrit par l'article 357 du présent Code."

Artº 309 del C. o. italiano: "Gli effetti dell'adozione cessano quando passa in giudicato la sentenza di revoca."

Si tuttavia la revoca è pronunciata dopo la morte dell'adottante per fatto imputabile all'adottato, l'adottato i suoi discendenti sono esclusi dalla successione dell'adottante."

(358) Establecen expresamente la necesidad de que la revocación y la nulidad de la adopción consten en el Registro civil, las legislaciones Argentina (a. 22) y noruega (a. 28) entre otras muchas.

(359) Planiol et Ripert, Traité élémentaire de Droit civil, t. I, 4º édit., 1.948, nº 1.622.

(360) Vid. párr. final del a. 309 del C. o. italiano en la nota 357.

(361) Ofr. F. de Castro y Bravo: Compendio cit., págs. 17 a. 19.

APENDICE

LEGISLACIONES VIGENTES EN MATERIA DE ADOPCION (1)

ALEMANIA

Está regulada por los parágrafos 1.741 a 1.772, correspondientes al Libro IV, Sección 2ª, Título VIII del B. G. B., modificados por diversas leyes, entre ellas:

- 1) L. de 23 de noviembre de 1.933 que reforma, entre otros, el parágrafo 1.754.
- 2) L. de 12 de abril de 1.938, anteponiendo un nuevo párrafo al parágrafo 1.756.
- 3) L. de 19 de abril de 1.939, que atribuye el papel de intermediarios exclusivamente a los Organismos de la Juventud.
- 4) Leyes de 1.948 para la República Democrática Alemana (D. D. R.): de 4, 20 y 28 de mayo para Turingia, Brandeburgo y Sajonia, respectivamente, y de 30 de setiembre para Mecklenburgo.
- 5) Ley federal de 29 de marzo de 1.951, que admite de nuevo como intermediarios a ciertas asociaciones privadas.

(1) Referidas, por lo general, al 1º de enero de 1.958.

ARGENTINA

La adopción se rige por la ley n° 13.252, promulgada el 23 de setiembre de 1.948.

AUSTRALIA

La más antigua legislación sobre la adopción es la del Estado de Australia Occidental (1.896), modificada seis veces entre 1.915 y 1.949.

En Australia Meridional se introdujo la institución en 1925, con abundantes reformas desde ese año hasta 1.943.

La ley n° 3605 de 1.928 (que es una copia de la inglesa de 1.926), modificada en 1.936 y 1.942 rige en Victoria.

Las leyes de Queensland se escalonan entre 1.935 y 1.941, mientras que en Nueva Gales del Sur la ley fundamental es la Child Welfare Act 1939, modificada en 1.940, 1.941 y 1.947.

AUSTRIA

Se encuentra regulada por los aa. 179 a 185 del A. B. G. B. (Código civil) y los aa. 257 a 262 de la ley sobre los procedimientos no contenciosos (Auss. Str. G.).

BELGICA

La ley de 22 de marzo de 1.940, que entró en vigor el 3 de abril siguiente, inspirada en la francesa de 19 de junio de 1923, ha modificado completamente los aa. 343 a 360 del C. c. y, a su vez, ha sido modificada en menor cuantía por las leyes de 21 de

mayo de 1.951 y 11 de febrero de 1.953.

BOLIVIA

Se ocupa de la adopción el C. c. de 1.831 en su título VIII del libro I, artículos 179 a 187.

BRASIL

Está vigente el Código civil de 1.916, modificado en este punto por la ley nº 3.133 de 8 de mayo de 1.957.

BULGARIA

Rige el nuevo Código de la familia, publicado en el periódico oficial búlgaro nº 182 del 9 de agosto de 1949, aa. 75 a 83.

CANADA

En Ontario y Columbia Británica se conoce la adopción desde las leyes de 1.921 revisadas en 1941 y 1948, respectivamente.

En Quebec data de la ley de 1.923 (14 Geo V, c. 73) modificada en 1924, 1927, 1933, 1934, 1935 y 1939, textos todos ellos refundidos en el capítulo 324 de los Estatutos revisados de Quebec, 1.941. De la misma fecha (1.923) es la ley vigente en Nueva Escocia, cuya última modificación data de 1.941.

En Manitoba se aplica la Child Welfare Act, 1940 modificada en 1.945 y en Terranova la Welfare of Children Act 1944, modificada en 1948, mientras que en Alberta rige la Child Welfare Act 1944, modificada en 1.949.

La Adoption Act y la Child Welfare Act, ambas de 1.948, modificadas en 1.949 y 1.951 son las vigentes, respectivamente, en Nueva Brunswick y Saskatchewan.

En la Isla del Príncipe Eduardo rige la Adoption Act 1950.

C H E C O S L O V A C U I A

El Código de la familia, promulgado por ley n° 256 de 1° de enero de 1.950, consagra los aa. 64 a 69 a esta materia.

C H I L E

Como el C. c. de 1857 no regulaba la adopción y su necesidad se hacía sentir, se promulgó la ley n° 5343 de 6 de febrero de 1.934, que fué sustituida por la de 21 de octubre de 1.943 (n° 7613), completada por el a. 6° de la ley n° 10271 de 2 de abril de 1.952, relativa a los derechos sucesorios del adoptado.

C O L O M B I A

El C. c. de 1873 dedica a la adopción su título XIII, artículos 269 a 286.

C O S T A - R I C A

Continúa vigente la ley de 1° de Agosto de 1.934 que estableció la institución, con las modificaciones -relativas principalmente a los requisitos de forma- del D. de 19 de mayo de 1953.

C U B A

Se rige por el Código civil de 1.889, exactamente igual al nuestro antes de la reforma de 1.958, aa. 173 a 180.

D I N A M A R C A

La ley de 26 de marzo de 1.923, primera que regula la insti-

tución en su conjunto, fué redactada sobre la base del proyecto común a los países escandinavos elaborado en 1.913, que inspiró también las leyes noruega de 2 de abril de 1.917, sueca de 14 de junio de 1.917 y finlandesa de 5 de junio de 1.925.

El régimen vigente es el establecido por la ley de 25 de mayo de 1.956, siendo digna de tenerse en cuenta la convención concluida el 6 de febrero de 1.931 en Estocolmo entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, relativa a la autorización y revocación en cada Estado de las adopciones verificadas por súbditos de las restantes partes contratantes.

D O M I N I C A N A (R e p.)

Rige el sistema establecido por la ley nº 1693 de 19 de abril de 1.948, idéntico al francés de 1.923, la cual ha modificado los aa. 343 a 370 del C. c. Es de notar que aunque se ha incorporado la reforma del a. 344 según la ley francesa de 8 de agosto de 1.941, no ha sucedido igual con la legitimación adoptiva de la ley de 1.939, que resulta desconocida.

E C U A D O R

Ley de 5 de noviembre de 1.948 (Reg. Of. del día 15).

F I N L A N D I A

Ley de 5 de junio de 1.925, que la introdujo, modificada por la de 26 de octubre de 1.951 sobre sucesiones.

F R A N C I A

Regula la institución el título VIII del libro I del C. c., en su redacción dada por el D-L de 29 de julio de 1.939, dividido en dos capítulos dedicados, respectivamente, a la adopción (aa. 343-367) y a la legitimación adoptiva (aa. 368-370). Leyes

posteriores han modificado ambas clases de adopción en puntos concretos, como la de 8 de agosto de 1.941, que asimila el adoptado al hijo legítimo y modificó los aa. 344, 368, 369 y 370; el Código de la nacionalidad de 19 de octubre de 1.945 ha modificado el a. 345; la ley de 23 de abril de 1.949 ha añadido una nueva disposición al párr. 2º del a. 350 ("El tribunal puede, a solicitud del adoptante, modificar por la homologación los nombres del adoptado) y, en fin, la ley de 17 de abril de 1.957 ha modificado los aa. 344 y 368, permitiendo la adopción y la legitimación adoptiva de los niños recogidos antes del nacimiento de hijos legítimos, reglamentando también la situación de los huérfanos de guerra y abandonados a consecuencia de ella.

G R E C I A

La materia relativa a la adopción se encuentra refundida en el capítulo XIII (aa. 1.568 a 1.588) del C. o., promulgado el 15 de marzo de 1.940, si bien, debido a la guerra, hubo de acordarse una nueva redacción por el D-L del 7/10 de mayo de 1.946, con objeto de poner de acuerdo las versiones existentes en los territorios liberados y los ocupados anteriormente por el enemigo.

G U A T E M A L A

El texto legal vigente es el Decreto nº 375 de 5 de mayo de 1.947, fruto de la modificación aprobada por el Congreso del Decreto nº 63 de 24 de febrero de 1.945.

H O L A N D A

El Proyecto de 12 de julio de 1.954, previa discusión y aprobación por las Cámaras, fué promulgado como ley el 26 de enero de 1.956, empezando a regir el 1º de noviembre de dicho año.

H U N G R I A

Rige la ley IV de 1.952, llamado Código de la familia, publicada en el periódico oficial nº 48 de 6 de junio de 1.952, que entró en vigor el 1º de enero de 1.953. Este Código se divide en tres partes, la segunda de las cuales comprende los capítulos V a VIII, bajo la rúbrica "De la familia". El cap. VI de esta parte es el consagrado a la adopción (aa. 46 a 59), dividido en seis secciones: 1º. De los fines de la adopción. 2º. De los requisitos previos a la adopción, 3º. De los efectos jurídicos de la adopción. 4º. De la invalidación de la adopción. 5º. De la extinción de la adopción y 6º. De las declaraciones relativas a la adopción.

I R L A N D A

Está en vigor la ley de 13 de diciembre de 1.952, que introdujo la institución en base al proyecto de noviembre de 1.951.

I S L A N D I A

Ley nº 19 de 11 de febrero de 1.953, primera que ha reglamentado la institución en su conjunto.

I T A L I A

Código civil italiano de 1.942, título VIII del libro I, aa. 291 a 314, dividido en dos capítulos, relativos a la adopción y sus efectos (aa. 291-310) y a las formalidades de la adopción (aa. 311-314).

L U X E M B U R G O

Continúa vigente el Código Napoléon en su redacción de 1.804, tít. VIII, dividido en dos capítulos, el primero de ellos, a su vez, en dos secciones: De la adopción y sus efectos (aa. 343-352) y De las formas de adopción (aa. 353-360), y el segundo relativo a la tutela oficiosa (aa. 361 a 370).

M E J I C O

El cap. V del tí. VII del lib. I del C. c. de 1928, que entró en vigor el 1º de octubre de 1.932, es el actualmente vigente, con las reformas introducidas por el D. de 29 de febrero de 1928, debiendo tenerse en cuenta los aa. 84 a 88, relativos al Registro civil (lib. I, tí. IV. cap. IV) del propio Código.

J A P O N

Rigen los aa. 792-817 del C. c. que entró en vigor el 1º de enero de 1.948.

M O N A C O

El Código civil de 1.818 fúé reformado en 1.880, comenzando a regir la reforma el 1º de enero de 1.881; reglamenta la institución en sus aa. 240 a 266, reproducción de los aa. 343 a 370 del C. c. francés de 1.804. En 1.913 se modificó la parte relativa a los apellidos del adoptado y al procedimiento. Las Ordenanzas de 15 de mayo de 1.882 y 30 de octubre de 1.918 regulan la adopción en la familia reinante.

N O R U E G A

La base legislativa la constituye la ley de 2 de abril de 1.917, modificada en 29 de junio de 1.918, 23 de setiembre de 1921 (consentimiento del adoptado, a. 5º), 9 de febrero de 1923 (apellidos), 24 de mayo de 1.935 y 22 de octubre de 1.948. En 1950 se encargó a una Comisión de elaborar una reforma acorde con las restantes legislaciones escandinavas, terminando su tarea en 1.954 con el resultado de mantener las dos formas o clases de adopción anteriormente existentes, la "fuerte", introducida en 1.935, que hacía cesar todo vínculo entre el adoptado y su familia natural asimilando aquél al hijo legítimo del adoptante, y la "débil", existente en la ley de 1.917, con la salvedad de que la adopción fuer

te era la regla general y la débil la excepción. Pero como la práctica demostró que el 98 % de las adopciones pertenecían a la primera clase, la ley de 21 de diciembre de 1936 abolió la débil, dejando subsistentes escasas disposiciones de la ley de 1.917.

NUEVA ZELANDA

Rige el texto de 1.893, cuya última reforma data de 1.947, junto con la Infants Act 1908.

PANAMA

Código civil de 1^a de octubre de 1917, completado por las leyes de 1.923 y de 23 de enero de 1.934.

PERU

Está vigente el Código civil de 1.936, que constituye uno de los más modernos del Nuevo Mundo.

POLONIA

Código de la familia de 27 de junio de 1.930 (J. O. polaco, n^o 34, 308) y ley de la misma fecha (J. O. n^o 34, 310) sobre el procedimiento en los asuntos de familia y tutela.

PUERTO-RICO

Las leyes de 15 de junio de 1.933, n^{os} 83 a 86, han procedido a una refundición total de la legislación anterior.

RUMANIA

Código de la familia publicado el 4 de junio de 1.934, artículos 66 a 85.

REINO UNIDO DE LA G. B.

Se encuentran vigentes: 1. La Adoption of Children Act 1930 (14 Geo VI, c. 26), que recoge la mayor parte de la legislación anterior (leyes de 1.926, 1.930, 1.939 y 1.948) para Inglaterra y Escocia. 2. La Adoption of Children Northern Ireland Act 1950 para Irlanda del Norte. 3. La Adoption of Children Jersey Act 1947, en la isla de Jersey, y 4. La Adoption of Children Act 1928 en la isla de Man.

SALVADOR (E L)

Decreto nº 1973 de 3 de noviembre de 1.955 (D. O. nº 211 de 16 de noviembre de 1.955).

SUECIA

El "Título de la filiación" (Föräldrabalken) promulgado el 10 de junio de 1949, ha refundido las leyes de 14 de junio de 1917, 8 de junio de 1923 y de 1944.

SUIZA

Código civil suizo de 10 de diciembre de 1.907, aa. 264 y ss.

TURQUIA

La adopción fue introducida por la recepción del C. c. suizo en 1.926; por ello, los aa. 253 a 258 del C. c. turco se corresponden con los aa. 264 a 269 del C. c. suizo. Hay que tener en cuenta, además, la ley nº 3456 de 26 de junio de 1.938 sobre el notariado, aplicable al contrato de adopción (autenticidad).

UNION SUDAFRICANA

Rige la institución la Children's Act 1937, modificada por la ley nº 25 de 1.944.

U. R. S. S.

El Decreto de 1º de marzo de 1926, que entró en vigor el 1º de enero siguiente, restableció la adopción, suprimida en 1.918. Además de este texto, regulan la institución el Código de la familia de 19 de noviembre de 1926 y algunas disposiciones especiales, como el Decreto de 8 de setiembre de 1943 facilitando la adopción de los huérfanos de guerra y el Regl. de 8 de abril de 1943 en orden al procedimiento.

U R U G U A Y

Regulan la adopción el Código de la Infancia de 1934, inspirado en la ley francesa de 1923, y la ley de 13 de octubre de 1920 que ha creado el Registro de adopciones. La legitimación adoptiva se rige por la ley nº 10.674 de 20 de noviembre de 1945, modificada por la ley nº 12.486 de 26 de diciembre de 1957, inspiradas ambas en la francesa de 29 de julio de 1939.

V E N E Z U E L A

Rigen la materia relativa a la adopción el Código civil de 1.942 y el Estatuto de los menores de 30 de diciembre de 1949.

Y U G O S L A V I A

Se encuentra reglamentada la adopción por la ley de 1º de abril de 1.947, una de las cuatro que integran el Código de la familia.

B I B L I O G R A F I A

A) En francés.-

Allies et Jaur: Incidences médicales et psychologiques de l'adoption à propos d'une série de cas difficiles, en Sauvegarde de l'Enfance, n° 5, mayo 1.951, págs. 366-378.

Amati, Ricardo: Le droit des personnes et le droit de famille dans le nouveau Code civil italien, en el Bulletin de la Société de législation comparée, 1.939, págs. 341 y ss.

Anceel, Marc: L'adoption dans les législations modernes, Paris, Sirey, 1.943.

Angelergues, R.: Quelques problèmes médicaux posés par l'enfant adopté, thèse, Paris, 1.951.

Bailly, Paul: L'article 315 du Code civil et la condition des enfants nés plus de 300 jours après la dissolution du mariage, en Rev. trim. dr. civ., 1949, págs. 372 y ss.

Bastian: De la tierce-opposition aux jugements rendus en matière d'état et de capacité, en Revue critique de législation et de jurisprudence, 1.935.

Baudouin, Louis: Le Droit civil de la Province de Québec, 1953, libro III, 2ª parte, capítulo IV.

Baudry-Lacantinerie: Précis de Droit civil, 7ª edición, 1899, t. I; 10ª y 11ª edic. t. I, Paris, Larose, 1.910-1.912.

Baudry-Lacantinerie, Houques, Fourcade, Chéniaux et Bonnemercière: Traité théorique et pratique de Droit civil, 3ª edic. 1903, t. V, Les Personnes; 1904, vol. IV.

Baughiet, M.: Quelques aspects de l'adoption aux Etats-Unis, en Le Service Social, año XXX, n° 3, mayo-junie 1952, pp. 97-114.

Benech: De l'illegalité de l'adoption des enfants naturelles, Paris, 1.815.

Bowlby, J.: Soins maternels et santé mentale, monographie n° 2 de l'Organisation Mondiale de la Santé, 1.951.

Bulletin de l'Union des sociétés de patronage, 1939, pags. 316 y ss. contiene notas sobre la "afiliaciones".

Carscallen, Hæon: Quelques aspects psychologiques et sociaux de l'adoption légale, en Revue internationale de l'enfant, 1949, n° 6, pag. 238.

Carton de Wiart, X.: L'adoption et la tutelle officielle, Louvaine, 1.940.

Charles, F.: Le secret de l'abandon. Son évolution, en Sauvegarde, junio-julio 1947, n° 12 y 13, pags. 27-39.

Id., La prévention de l'abandon et de l'adoption, en la misma revista, abril 1953, n° 4, pags. 415-422.

Code Annamite: Lois et Règlements du Royaume d'Annam, traduit du texte chinois original par G. Aubaret, Paris, Imprimerie Impériale, 1885, 2 vols. en 4°.

Code civil général de l'Empire d'Autriche, traduit par A. de Clercq, Paris, Imp. Royale, 1836.

Les Codes belges, par Jean Servais, E. Mechelynck et Paul Servais, 17° edic., Bruxelles, 1928 (aa. 343-370).

Code civil de la République de Chine, traduit du chinois par Ho-Tohong-Chan, Paris, R. Sirey, 1930-1931.

Code civil égyptien mixte, annoté par G. Bestawros, Paris, 1929-1931, 2 vols. Lib. Gén. de Dr. et Jur.

Code civil musulman, rite malakite, traduit par V. Mayssenne, Paris 1896 y 1898.

Code civil de l'Empire de Russie, traduit par V. Fouchet, Paris, Joubert, 1841.

Code civil suisse y compris le Code fédéral des obligations, 3° edic. Lausanne, Payot & Cie., 1921.

Cretin, M. et Mme. de: Les œuvres privées d'adoption, en Sauvegarde, n° 5, mayo de 1951, pags. 424 y ss.

Darembert et Saglio: Dictionnaire des antiquités grecques et romaines, t. I, Paris 1877.

Dejob: Le rétablissement de l'adoption en France, thèse, Paris 1911.

Demolombe: Cours de Code Napoleon, 4^e edic. 1.869, t. VI.

Girard: Manuel élémentaire de Droit romain, 8^e edic. revisada por F. Senn, Paris, Rousseau, 1929.

Josserand, Louis: Cours de Droit civil positif français, 3 vols., t. I, 2^e edic. Paris, Sirey, 1932-33; 3^e edic. 1938.

Lambret-Patrouillet: Les Codes de la Russie soviétique, Paris, Giard, 1925-1929.

Launay, Cl. et Mme. Schalow: Doit-on révéler à l'enfant adopté le secret de sa naissance?, en Sauvegarde, n^o 5, mayo 1951, págs. 379-389.

Laurent: Principes de Droit civil français, 5^e edic., t. IV, Bruxelles-Paris, 1893.

Id.: Droit civil international, 1880, tomos III y VI.

Lehr: De la légitimation et de l'adoption d'après les nouvelles lois russes, 1891.

Id.: Eléments de Droit civil scandinave, Paris, 1901.

Heuyer, Desclaux et Tesseyre: Considérations sur des échecs d'adoption d'enfants (XXIV Congreso internacional de Medicina legal), en Annales de Medie. légale, n^o 1, enero-feb. 1949, pp. 16-21.

Id.: Etude de 138 cas de situation difficiles au cours de l'adoption, en Sauvegarde, n^o 5, mayo 1951, págs. 357-366.

Meijers, E. M.: Réforme du Code civil néerlandais, en Bulletin trimestriel de la Société de lég. comp., 1948, págs. 109 y ss.

Planiol, Marcel: Traité élémentaire de Droit civil, 1^e edic. 1900, t. I; 5^e edic. 1908, t. I; 9^e edic. 1922, t. I.

Planiol et Ripert: Traité de Droit civil, t. II, La famille, Paris 1926, con la colaboración de A. Rouast.

Planiol, M.: Traité élém. de Dr. civ., revu et complété par G. Ripert, avec le concours de S. Boulanger, 3^e edic., 3 vols., V. I, Paris, Librairie Général de Droit, 1949.

Prudhomme: Traduction du Code civil italien 1865, Paris 1896.

Phelippeau, Madeleine: L'adoption, en Revue d'information et de documentation de l'Assistance publique, Paris, setiembre-octubre 1952, págs. 501-512, n° 19.

Rain, Emmanuel: Enfants abandonnés. Assistance à l'enfance. Adoption, en el Cours de pédiatrie sociale de la O. N. U., t. II, 1.948, págs. 1.157-1.171.

Revue critique de Droit international privé, n° 4, octubre-diciembre 1.949, contiene la traducción francesa de la ley yugoslava sobre la nacionalidad de 1° de julio de 1.946.

Revue international de Droit comparé, 1.949, págs. 67 ss.: Nouveau Droit de la famille en Pologne, par Jerzy Jodlowski.

Id. n° 2, abril-junio 1.951, págs. 304-306, para el análisis de la ley búlgara de 9 de agosto de 1949.

Revue trimestrielle de Droit civil, 1.949, págs. 402 y ss.: Jurisprudence française en matière de Droit civil. A.- Personnes et droits de famille, par M. Gaston Lagarde.

Roguin: Traité de Droit civil comparé, Paris 1904.

Savatier, R.: Une institution civil en euphorie: l'adoption devant le Parlement français, en Dalles hebdomadaire, 1949, chronique XXVII, págs. 117 y ss.

Secretan: L'adoption en Droit comparé, thèse, Lausanne, 1914.

Société de législation comparée: Livre du cinquantenaire. Etudes sur les transformations du Droit dans les principaux pays depuis cinquante ans, Paris 1.922-23.

Soule, Michel: Problèmes psychologiques propres à la condition de pupille, thèse, Paris, 1953.

Textes législatifs étrangers (Ministère des Affaires étrangères et du Commerce extérieur) Bruxelles, 1.951, n° 3, págs. 1 y ss, para la legislación alemana, págs. 77-78 para el Código de la familia checoslovaca; 1.952, n° 3, págs. 37 y ss. para el C. o. italiano de 1.942, y pp. 137 y ss. para la ley yugoslava de 1° de abril de 1.947; 1.953, n° 2, págs. 3 y ss., trad. franc. de la ley búlgara de 9 de agosto de 1.949, y n° 3, págs. 11 y ss. trad. franc. del Código de la familia húngaro de 6 de junio de 1.952; 1.954, n° 1, págs. 7 y ss. para la legislación belga, págs. 61 y ss. para la de Luxemburgo, págs. 71 y ss, para la de Mónaco y pp. 87 y ss. para el Proyecto holandés de 12 de julio de 1.954; 1.954, n° 2, págs. 3 y ss. para la legislación alemana, págs. 61 y ss. para la legislación griega, págs. 77 y ss. para la italiana, págs.

127 y ss. trad. franc. del Código civil turco; 1.954 nº 3, págs. 31 y ss. trad. franc. de la ley irlandesa de 13 de diciembre de 1.952, págs. 131 y ss. para la legislación inglesa;

Documentation juridique étrangère (Ministère des Affaires étrangères et du Commerce extérieur) Bruxelles, 1.953, nº 2, pp. 67 y ss. para la legislación griega y 1.955, nº 11, págs. 19 y ss. trad. franc. de la ley holandesa de 26 de enero de 1.956.

Revue de la législation hongroise (Ministère de la Justice), Budapest, 1.953, nº 2, págs. 34 y ss. trad. francesa del Código de la familia húngaro.

Trudel, Gérard: Traité de Droit civil de Québec, t. II.

Vas Ferreira, E. y Zajtay, I.: La légitimation adoptive en France et en Uruguay, en Revue Int. Dr. comp., 1.954.

Verdenal, Pierre: L'adoption dans la loi du 19 juin 1923, thèse, Les presses universitaires de France, Paris, 1923.

Viollot: Histoire du Droit civil français, 3ª edic. Paris, 1905.

Vismard, Marcel: Traité théorique et pratique de l'adoption et de la légitimation adoptive, Recueil Sirey, Paris, 1951.

Wolater: Situation des enfants nés hors mariage dans le nouveau Droit polonaise, en Bull. trim. Soc. lég. comp. 1948, págs. 328 y ss.

B) En portugués.

Bevilaqua, C.: Código civil brasileiro anotado, 1938.

Id.: Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, 6 vols., Rio de Janeiro, 1916-1919.

Carvalho Santos: El Código civil brasileiro interpretado, Rio de Janeiro, 1939.

C) En alemán.

Neider, V. H.: Zur Anfechtung von Kindesannahmeverträgen, en Deutsches Recht, 1938.

B) En inglés.

Adoption, Principles and Services, por G. Brown, Kuhlmann, P. Robinson, Michaels, Halinan y Wires, en American Journal of public health, vol. 48, nº 10, octubre 1952, págs. 1336-1337.

Benedict, Lois: The boarding home as a resource in adoption, en Child Welfare, vol. XXX, nº 10, diciembre 1951, pp. 7-9.

Brill, K., Melford, A., y Torrie, A.: Problems of placement of children for adoption, en Journal of the Royal Sanitary Institute, vol. XXXI, nº 4, julio 1951, págs. 343-356.

Colly, Mary-Ruth: Problems and procedures in adoption, en Children's bureau publication, 1941, nº 262.

Creak, Mildred: Psychiatric aspects of adoption, en Journal of the medical womens federation, nº 5 de enero 1951, pp. 35-38.

International Child Welfare Review, 1949, vol. III, nº 6, consagrado a la adopción como problema internacional.

Leahy, Alice: A study of certain selective factors influencing prediction of the mental status of children, en The pedagogical Seminary Journal of genetic psychology, vol. XLI, nº 2, diciembre 1932, págs. 294-329, especialmente pp. 326-327.

Idem.: Some characteristics of adoptive parents, en The american journal of sociology, vol. XXXVIII, nº 4, enero 1933, págs. 548-563.

Kornitser, Margaret: Child adoption in the modern world, London, Putnam edit., 1952.

Idem.: The adoption societies in conference, en Child care, vol. VI, octubre 1952, nº 4, págs. 118-120.

Process of supervision in adoption placements a report of the interagency discussion group of New-York City, en Child Welfare, vol. XII, nº 9, nov. 1952, págs. 8, 9, y 12-14.

Rainer, Louise: Helping the child and the adoptive parents in initial placement, en Child Welfare, vol. XXX, nº 9, noviembre 1951, págs. 6-8.

Stephens: Commentaries on the Laws of England, 20ª edic. 1938; 21ª edic., t. II, págs. 506 y ss.

E) En italiano.

D'Amelio: Codice civile, vol. I (Persone e famiglia), Firenze, Barbèra, 1940.

I Codici per l'udienza civile a cura di F. Carnelutti e W. Bigiavi, 3ª edic., Cedam-Padova, 1946.

Cicou, A.: La filiazione, Milano 1928 y Torino 1939; idem. en el Trattato di Diritto civile italiano de Vassalli, Torino 1941.

Battaglini, Capua y Martuscelli: Il Codice civile della Russia, Milano, Giuffrè, 1946.

Degni: voz "adozione" en el Nuove Digesto italiano de D'Amelio-Azara, Torino, 1937-1940.

Dusi: Della filiazione e della adozione, 2ª edic. 1924.

Ferrara: Trattato sulla persona e sulla famiglia, Napoli, edit. Jovene. 1941.

Mateucci: Codice civile sovietico, 1944.

Messineo: Manuale di Diritto civile e commerciale, 7ª edic. Milano, 1947, I.

Pacifici-Mazzoni: Istituzioni di Diritto civile italiano, 5ª edic. 1925, vol. II.

Post: Giurisprudenza etnologica, trad. ital. de Bonfante y Longo, Milano, 1906, t. I.

Ruggiero, R. de: Istituzioni di Diritto civile, vol. I, Napp 11, 1921; 6ª edic. Messina, 1931.

Salvi: L'affiliazione, Milano 1946.

F) En ruso:

Para el Derecho de la época pre-revolucionaria:

Annenkov: Sistema de Derecho civil, t. V (Derechos de familia y tutela) S. Petersburgo, 1905.

Zagorevsky, A. I.: Tratado de Derecho de familia, Odessa, 1909.

Para el Derecho soviético:

Bochko, V. I.: Instituciones de Derecho de familia soviético, completadas por V. A. Riassentsev, Kiev 1952.

Idem: El Derecho civil soviético, t. II, en la redacción de S. N. Bratus, Moscú 1951.

Sverdlov: G. M.: La adopción en el Derecho soviético, Moscú 1951.

G) En español.-

Alonso Martínez: El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales, Madrid, Biblioteca Jurídica, 1884.

Arias Ramos, J.: Derecho romano, Madrid, 1943, vol. II; 4ª edic., 1949, edit. Rev. De priv.

Auso y De Manuel: Instituciones del Derecho civil de Casti 5ª edic. Madrid, 1.792, libro I, título VIII.

Barandiarán, León: Comentarios al Código civil peruano, Lima, 1945.

Boletín de la Comisión codificadora nacional de Caracas, 1.937, nº 9.

Bonet: Derecho de familia y sucesiones, Madrid, 1940.

Burgos Bosch: Un interesante detalle de la ley sobre adopción de acogidos en casas de Beneficencia, en Revista de Dº privado, nº 310, enero 1943, págs. 21 y ss.

Burón: Derecho civil español, t. I, Valladolid, 1896.

Cabello: Los derechos sucesorios de los hijos adoptivos según el Código civil, Madrid 1.917.

Camus: Código civil explicado, La Habana, 2ª edic. 1944-45.

Casso y Viñas: Derecho civil español, común y foral (Registros) 1926, págs. 516 y ss.

Casso y Cervera: Diccionario de Derecho privado, t. I, Barcelona, edit. Labor, 1.950.

Castán Tobeñas, J.: La sucesión abintestato del hijo adoptivo, en Rev. Gral. Leg. y Jur., 1916, t. 128, págs. 39-60.

Castán Tobeñas, J.: Derecho Civil (Registros), t. III, 3ª edic., Madrid, 1942.

Id.: Hacia un nuevo Derecho civil, Madrid, 1933.

Castro y Bravo, F. de: Compendio de Derecho civil (Apéndice), La reforma de-l C. c. (L. 24-4-958), Madrid, I. E. P., 1958.

Id.: Derecho civil de España, Parte General, II-1ª, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952.

Id.: Dere-cho civil de España, Parte General, I.E.P., Madrid, 1949; id., Parte General, I, 1955.

Id.: Derecho civil de España, Parte General, t. I, Libro preliminar, edit. Casa Martín, Valladolid, 1942.

Id.: Compendio de Derecho civil, I, Introducción al Dº civil. II-1, Dº de la persona (1 vol.) I.E.P., Madrid, 1957.

Código civil alemán (B. G. B.), publicado como apéndice al Tratado de Ennecerus, Kipp y Wolff, trad. esp. de C. Melón Infante, edit. Bosch, Barcelona, 1955.

Colin, A. y Capitant, H.: Curso elemental de Derecho civil, trad. esp. de la Rev. Gral. de Leg. y Jur. con notas de De Buen, edit. Reus, Madrid 1922, t. I; 2ª edic., t. I, 1941.

Comas: La revisión del Código civil. Parte especial, Madrid, 1895.

Condomines Valls, F.: Formas nuevas de sucesión en la vida jurídica moderna, en los Estudios de Derecho sucesorio, editado por el Colegio Notarial de Barcelona, p. 135.

Id.: La adopción.- El Código civil y proyectos de reforma. (Discurso de recepción en la Acad. de Jur. y Leg. de Barna.) 1957.

Costa, J.: Dº consuetudinario del Alto Aragón, 1880.

Clemente de Liego, F.: Instituciones de Dº civil español, t. II, Madrid, 1930.

D'Aguanno: La génesis y la evolución del Derecho civil, trad. esp. de Dorado, Madrid, s. a.

Fraitas: Código civil brasileño, tad. esp. Bnos. Aires, 1909.

García Goyena, F.: Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, 4 vols. Madrid, 1852, t. I, p. 148.

Gutierrez: Códigos; t. I para el Dº histórico común español, Madrid, 1862, y t. VI para el Dº foral, Madrid, 1874.

Iglesias: Instituciones de Dº romano, Barna., 1951, t. II.

Josserand, L.: Derecho civil revisado y completado por A.

Brun, t. I, vol. 2º, La familia, trad. esp. de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, 1950.

Ennecerus, Kipp y Wolff: Derecho civil, t. IV. vol. 2º, Derecho de familia, por T. Kipp y M. Wolff, 6ª revisión, trad. esp. de la 20ª edic. alemana por B. Peres González, Alguer y J. Castán Tobeñas, edit. Bosch, Barcelona, 1946.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Repertorio cronológico de Jurisp. Aranzadi, en la publicación oficial del Ministerio de Justicia y en la particular de edit, Reus.

Lehr: Derecho civil germánico, trad. esp. de Alcalde, Madrid, 1878.

Machado, J.: Comentarios al Código civil, Guanabacoa, 1950.

Manresa y Navarro, J. M.: Comentarios al Código civil español, 6ª edic. revisada por F. Bonet Ramón, t. II, aa. 154-332, Madrid, edit. Reus, 1945.

Id.: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil reformada conforme a las bases aprobadas por L. de 21 de junio de 1880, 6ª edic., Reus, Madrid, 1948, t. VIII, págs. 355-382.

Mucius Scaevola. Q.: Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial, T. III, 3ª edic., Madrid, Imp. Ricardo Rojas, 1893.

Navarro Amandí: Cuestionario del Código civil reformado, t. I, Madrid, 1889.

Pinar, Blas: La adopción y sus problemas jurídicos, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, t. VIII, pp. 143 ss.

Planiol, M.: Tratado elemental del Derecho civil francés, trad. esp. de la 12ª edic. franco. por J. M. Cajica, México 1946, t. I.

Puig Peña, F.: Tratado de Derecho civil español, t. II, Dº de familia, edit. Rev. Dº Priv., 1946.

Id.: La relación familiar en sentido amplio: problemas que suscita el parentesco, en Rev. Dº Priv., nº 373, abril 1948.

Id.: Las situaciones finales en la adopción, en Rev. Dº Priv. nº 381, diciembre 1948, págs. 1.045 y ss.

Ramos, Rafael: Capacidad de los menores para contratar y obligarse (Estudios sobre Dº civil), 2ª edic. 1891.

Rodríguez Alvarez: Curso de Derecho civil cubano. Personas y Dº de familia, La Habana, 1946.

Pulido Villafañe: Código civil de Venezuela anotado. Caracas, 1944.

Sánchez Román, F.: Estudios de Derecho civil, Madrid 1912, t. V, vol. 2ª, 2ª edic. págs. 1.077 y ss.

Secane: Código civil peruano anotado, Lima, 1902.

Valverde: Tratado de Derecho civil, t. IV, Parte especial, Dº de familia, 1913, p. 472; 4ª edic., Cuesta, Valladolid, t. IV, 1938, págs. 468 y ss.

Vives y Villamazares: El abandono y reconocimiento tardío de hijos naturales, en Rev. valenciana de Derecho, nº 3, 1944, págs. 17-24 y nº 4, 1945, págs. 3 y ss.

Wiesacker: Historia del Derecho privado en la edad moderna, trad. esp., Madrid, 1957.

INDICE

INTRODUCCION	1
--------------------	---

PRIMERA PARTE

GENERALIDADES

CAPITULO I.- <u>Definición y crítica de la adopción</u>	5
--	---

1. Etimología.- 2. Concepto vulgar.- 3. Concepto jurídico.- 4. Evolución histórica: A) Derechos antiguos; B) Derecho intermedio; C) Derecho moderno.- 5. Evolución doctrinal: A) La adopción como contrato. B) Tesis no contractualistas: a) La adopción como acto jurídico distinto del contrato; b) La adopción como acto-procedimiento; c) La adopción como institución.- 6. Legislación española: A) Principios y caracteres de la reforma. B) Principales diferencias con la legislación anterior. 7. Ventajas e inconvenientes: crítica de la institución.

CAPITULO II.— Importancia social y política legislativa .. 20

1. Importancia social: A) Consideraciones generales; B) Valores intrínsecos de la adopción; C) Influencia de las contiendas bélicas.— 2. Política legislativa: A) Época de las Codificaciones; B) Derecho contemporáneo: a) Protección al adoptado menor; b) control estatal; c) medidas preventivas.

CAPITULO III.— Fines y riesgos de la adopción 31

1. Fines de la adopción: A) Su clasificación; B) Fines abstractos: regla general; C) Fines concretos: consideración especial de los fines ilícitos.— 2. Riesgos que suelen presentarse en la adopción: A) Procedentes de los adoptantes; B) Procedentes de los adoptados; C) Procedentes de los padres por naturaleza; D) Medios de prevenir y reducir tales riesgos.— 3. La revelación al adoptado de su condición.

CAPITULO IV.— Clases de adopción 44

1. Adopciones de Derecho público.— 2. Adopciones de Derecho privado: A) Terminología; B) Derecho extranjero: a) Francia; b) Uruguay; c) Luxemburgo; d) Bélgica; e) Perú; f) Italia; g) Rusia. C) Derecho español: a) Principales diferencias entre la adopción plena y la menos plena; b) Juicio crítico; c) Instituciones similares a la adopción: a) el prohijsamiento; b) el acogimiento familiar.

SEGUNDA PARTE

REQUISITOS DE LA ADOPCION

CAPITULO I.- Requisitos de la adopción división 63

1.- Requisitos de fondo.- A) Requisitos generales:
a) justos motivos de la adopción; b) ventajas para el adoptado.- B) Requisitos en cuanto al adoptante: a) edad; b) pleno uso de sus derechos civiles; c) diferencia de edad; d) no existencia de hijos ni descendientes; e) consentimiento: a') del adoptante; b') de su cónyuge; f) otros requisitos; g) especialidades de la adopción plena.

CAPITULO II.- Requisitos de fondo (Continuación) 86

C) Requisitos en cuanto al adoptado: a) Edad; b) Consentimientos: a') del adoptando; b') de su cónyuge; c') de otras personas; c) Otros requisitos; d) Especialidades de la adopción plena: examen especial de los conceptos de "abandonado y expósito". D) Prohibiciones: a) relativas a los clérigos; b) id. a los tutores; c) otras prohibiciones. E) Dispensa de los requisitos legales. F) Cuestiones particulares: ¿Puede el padre adoptar a sus hijos?

CAPITULO III.- Requisitos de la adopción (Cont.) 114

2. Requisitos de forma (procedimiento de la adopción).- A) Caracteres generales: a) la adopción, acto solemne; b) procedimiento especial; c) control estatal: a') externo; b') interno.- B) Especialidades de la adopción de

menores.— C) Diferencia de procedimiento según las clases de adopción: a) Derecho extranjero; b) Derecho español.— D) Clasificación de los sistemas legislativos.— E) Legislación española: a) Duplicidad legislativa; b) Diferencias con la legislación anterior; c) Régimen legal vigente: a') formación de expediente y aprobación judicial: a'') casos generales; b'') adoptando sometido a la tutela de algún centro benéfico; b') Escritura pública; c') Inscripción.

TERCERA PARTE

E F E C T O S D E L A A D O P C I O N

CAPITULO I.— Efectos de la adopción..... 134

1. Ideas generales.— A) Se posible determinación por: a) la voluntad de las partes (órganos potestativos); b) el órgano que aprueba la adopción; c) la ley.— B) Principios fundamentales: a) creación de un vínculo legal de filiación; b) diversidad de efectos según las clases de adopción; c) el adoptado continúa formando parte de su familia por naturaleza; d) ruptura de vínculos entre el adoptado y su familia natural.— 2. Sistemática: A) Efectos con relación a la familia natural: a) patria potestad; b) apellidos; c) impedimentos matrimoniales; d) alimentos; e) derechos sucesorios.

CAPITULO II.- Efectos de la adopción (Cont.) 148

B) Efectos entre adoptante y adoptado: a) cuestiones previas: a') ¿se crea la adopción un vínculo de filiación? b) el parentesco derivado de la adopción: extensión, cómputo y efectos. b) Patria potestad: a') regla general: a'') Derecho extranjero; b'') Derecho español; b') extensión y alcances de la patria potestad del adoptante : enumeración de los principales derechos y deberes relacionados con la misma.

CAPITULO III.- Efectos entre adoptante y adoptado (Cont.) 163

c) Usufructo y administración legales: crítica del a. 166 del C. c. y problemas que plantea.- d) Apellidos: a') consideración especial del secreto en la adopción; b') estudio de diversos artículos de la Ley y del Reglamento del Registro civil.- e) Títulos nobiliarios.- f) Impedimentos matrimoniales; g) Obligación alimenticia.

CAPITULO IV.- Efectos entre adoptante y adoptado (Cont.) 182

M) Derechos sucesorios: a') del adoptante a heredar al adoptado; b') del adoptado y sus descendientes legítimos a heredar al adoptante; a'') argumentos favorables y adversos; b'') Derecho comparado; c'') Derecho español: a''') adopción plena; b''') adopción menos plena; c''') pacto sucesorio.- i) Tutela: a') del adoptante; b') del adoptado: a'') testamentaria; b'') legítima; c'') dativa.- j) Ausencia; k) Nacionalidad; l) Vecindad civil;- O) Otros efectos de la adop-

ción.- D) Desde cuando comienzan los efectos de la adopción: a) respecto de las partes; b) en cuanto a terceros; c) consideración especial de las adopciones póstumas.

CUARTA PARTE

EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN

CAPITULO I.- Extinción de la adopción 200

1. Distinción entre los distintos supuestos:

A) Nulidad: a) Derecho extranjero, b) Legislación española; c) la extinción de la patria potestad del adoptante ¿entraña la extinción de la adopción?; d) Otros supuestos especiales.-

B) Revocación: a) Ideas generales; b) Principio fundamental: irrevocabilidad de la adopción; c) Clases de revocación.

CAPITULO II.- Clases de revocación (Continuación) 221

d) Consideración especial de la revocación contractual, legal y judicial: a') sistema del "numerus clausus"; b') id. del "numerus apertus"; c') personas que pueden pedir la revocación.- C) Impugnación de la adopción: a) Legislaciones extranjeras; b) Derecho español: a') importancia de las acciones de impugnación; b') su naturaleza; c') personas legitimadas; d') procedimiento; e') prescripción; f') efectos de la extinción.- D) Disposiciones transitorias.

CONCLUSIONES.

NOTAS.

APENDICE: Legislaciones vigentes en materia de adopción.

BIBLIOGRAFIA.